



المجلد الحادي والعشرون
قسم الضوابط الفقهية

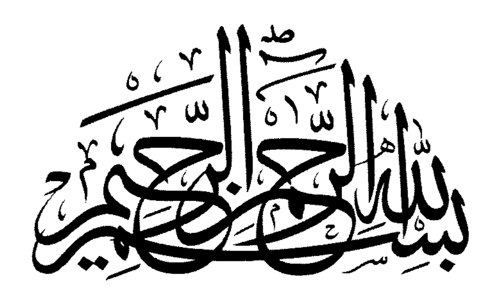



طبع على نفقة
مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان
للأعمال الخيرية والإنسانية
ص.ب: 41355 - أبوظبي - دولة الإمارات العربية المتحدة
هاتف: 6577577 - 02 فاكس: 6577572 - 02
www.zayed.org.ae

الطبعة الأولى
1434هـ - 2013م

التنفيذ الطباعي: المجموعة الطباعية www.printingroup.com
التجليد الفني: البساط الجديدة للتجليد وتصنيع الكتاب info@newbsat.com


زاد
معلمة
للقواعد الفقهية والأصولية


بسم الله الرحمن الرحيم

ضوابط أبواب المعاملات(يتبع)

ضوابط أبواب المعاوضات(يتبع)

- ضوابط باب البيوع
- ضوابط باب الإقالة
- ضوابط باب الصرف
- ضوابط باب الشفعة
- ضوابط باب الشركة
- ضوابط باب الربا
- ضوابط باب السلم
- ضوابط باب المرابحة
- ضوابط باب الحوالة
- ضوابط باب المضاربة
- ضوابط باب القسمة



ضوابط باب البيوع

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٠٧

نص الضابط: البَيْعُ مَبْنِـيٌّ عَلَى المُشَاحَّةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- البيع مبناه على المماكسة[٢] والمضايقة[٣].

٢- مبنى البيع على المماكسة والمنازعة[٤].

٣- مبنى البيع على المماكسة والمساومة[٥].

٤- مبنى البيع على المماكسة والاستقصاء[٦][٧].

٥- البيع مبنيٌّ على المشاحة والمغابنة[٨].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٧٨، شرح الخرشي ٥/٢٥٠.

(٢) المماكسة: هي الكلام في مناقصة الثمن، مأخوذة من المَكْس، وهو ما ينقصه الظالم ويأخذه من مال الناس مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٤/٢٣٣.

(٣) عمدة الناظر لأبي السعود ٢/٤١٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٣٩٤ وانظر: البناية للعيني ٧/٤٥٩، بدائع الصنائع للكاساني ٢/٤٤٥، المبسوط للسرخسي ٧/١٦٩، ٢١٠، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٨/١٣٩، شرح النيل ٢٢/٥٠.

(٤) مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢/٧٧.

(٥) الاختيار للموصلي ٣/٩.

(٦) الاستقصاء: أي رغبة البائع في بلوغ أقصى ما يمكنه في زيادة السعر، ورغبة المشتري في بلوغ أقصى ما يمكنه في إنقاص السعر.

(٧) الذخيرة البرهانية لابن مازه ٨/١٩٠ وبلفظ آخر: «مبنى الشراء على الاستقصاء والمماكسة» المبسوط ٦/٢١١، وانظر: شرح المجلة للأتاسي ٤/٣٩، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٤٩٨، عمدة الناظر لأبي السعود ٢/٥٣٢.

(٨) القبس في شرح موطأ الإمام مالك لابن العربي ٢/٨٩٨.

صيغ ذات علاقة :

١- حقوق الآدميين مبنية على المشاحة والمضايقة[١]. (أعم).

٢- مبنى المعاوضة على المشاحة[٢]. (أعم).

٣- الإجارة مبنية على المشاحة[٣]. (أخص).

٤- المناط في البيع هو التراضي وطيبة النفس[٤]. (أخص).

٥- البيع إنما ينعقد على ما هو موجود[٥]. (أخص).

٦- مدار البيع على عدم الغرر[٦]. (أخص).

شرح الضابط :

(البيع) لغة: مصدر باع، وهو: مبادلة مال بمال، والبيع من الأضداد - كالشراء - قد يطلق أحدهما ويراد به الآخر[٧].

(البيع) في اصطلاح الفقهاء: عبارة عن مبادلة مال بمال على وجه مخصوص[٨].

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/١٦٤، حاشية الرملي ٤/٧٠، وانظر: رد المحتار لابن عابدين ٦/٥٨٦، البحر المحيط للزركشي ٨/٢١٨، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٢٤٥، وانظر قاعدة: «حق العبد مقدم على حق الشرع»، في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المنتقى للباجي ٥/٢٢٤.

(٣) حاشية الدسوقي ٣/٥٥٠، بلغة السالك للصاوي ٣/٧٢٨، منح الجليل ٧/٤١٥ وبلفظ آخر: «الإجارة بيع فهي على المشاحة» شرح الخرشي ٦/٣٢.

(٤) السيل الجرار للشوكاني ٣/٦، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «البيع منوط بالرضا».

(٥) الذخيرة لابن مازه ٥/٩٣، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «بيع المعدوم باطل».

(٦) نهاية المحتاج للرملي ٣/٤١٧، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «الأصل أن بيع الغرر باطل».

(٧) انظر: المصباح، والمغرب، واللسان مادة (بيع) والحطاب ٤/٢٢٢.

(٨) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٢.

وبعبارة أخرى هو: مبادلة مال - ولو في الذمة - أو منفعة مباحة (كممر الدار مثلا) بمثل أحدهما على التأبيد، غير ربا وقرض[١].

وهو أهم أسباب نقل الملكية، ويعد بمنزلة الأمِّ بالنسبة لسائر المعاوضات المالية، سواء كان متعلقها عينًا أو منفعة، وهو موضوع على الاسترباح وتنمية الأموال[٢]، وما كان موضوعه كذلك تجد دوافع النفس وبواعثها تستحث الإنسان على طلب بلوغ أقصى غاية فيه؛ لما جبل عليه المرء من حب المال، وإيثار نفسه على غيره في كافة صوره[٣].

ولقد جاء هذا الضابط ليكشف عن هذا المعنى لدى الإنسان، ويقرر أن طبيعة المعاوضات المالية ومدارها - لاسيما المبايعات - على المماكسة والمشاحة، أي طلب بلوغ أقصى غاية في الاسترباح من وراء هذه المبايعات، فالمشتري تنزع نفسه ويسعى جاهدًا في الحصول على أجود الأشياء بأقل الأثمان، والبائع تنبعث رغبته ويماكس لأجل الحصول على أعلى ثمن، فالإنسان فيما يبيع ويشتري يماكس عادة[٤]؛ لذلك كانت المماكسة مشروعة في المبايعات[٥].

ولقد تقرر تبعًا لهذا الضابط وتفرعًا عليه عدة أحكام، متعين مراعاتها باعتبار الأصل لانعقاد عقود المبايعات صحيحة نافذة لازمة، من أهمها: أن البيع منوط بالرضا[٦]، ولا يرد إلا على محل موجود معلوم[٧]، مقدور على

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٢/٤، كشاف القناع للبهوتي ١٤٦/٣.
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦٩/٧، كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٤٣/١، حاشية الشلبي ٧٢/٤.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥٨/٧.
(٤) المبسوط ٧٧/١٦، وانظر: بدائع الصنائع ٢٢٥/٥.
(٥) انظر: المدخل لابن الحاج ٢١٥/٤، التاج والإكليل للمواق ٥٩٦/٧.
(٦) فتح القدير لابن الهمام ٣٨٨/٦، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٢.
(٧) انظر: المبسوط ٨٣/٥، المحلى لابن حزم ٢٩٤/٧.

تسليمه في الحال أو المآل[١]، ولزوم خلو العقد من الغرر والجهالات المفضية إلى المنازعات والخصومات[٢]، ومنع الناس من وسائل التدليس في المبايعات، سواء كانت قولية أو فعلية، وجعلها مؤثرة في موجَبات البيوع، وثبوت الخيارات فيها - أي البيوع - لأسباب تغض من مقاصد العاقد وصحة رغبته، ومنها: خيار المجلس للمزيد من التأمل، وخيار الشرط للنظر والتروِّي، وخيار الرؤية لاستدراك الأوصاف الفائتة في الأعيان المبيعة على الوصف، وخيار الرد بالعيب لاستدراك ما خفي عليه، وخيار التدليس بما يؤثر في نقصان الحق تأثيرًا بينًا، سواء كان التدليس بالقول أو بالفعل، وخيار الرجوع بفلس المشتري، وخيار تعذر إمضاء العقد[٣]، إلى غير ذلك من ضمانات البيوع ولوازمها التي يقتضيها مدار العقد، وهذا الضابط وعلائقه ولواحقه مرعي لدى الفقهاء، متحقق مناطه في تفريعاته وتطبيقاته، وما كان من اختلاف بين الفقهاء فمحله الجزئيات والتفصيلات.

ويجدر التنبيه إلى أن الشرع، وإن كان قد أقر الإنسان على ما تدعوه إليه داعية طبعه من طلب الاسترباح، فقد حذره من الغلو في ذلك إلى درجة التجاوز والظلم وسيلةً أو قصدًا، فقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا۟ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥]، و(البخس): نقص الشيء على سبيل الظلم، وهو يكون في السلعة بالتعييب والتزهيد فيها، أو المخادعة عن القيمة، والاحتيال في التزيد في الكيل والنقصان منه، وكل ذلك من أكل المال بالباطل[٤]، هذا من ناحية يلزم فيها تنحية داعية الطبع، ووجوب تحكيم داعية الشرع، ومن ناحية أخرى رغَّب الشرع بما روي عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «رحم الله رجلا سمحًا إذا باع وإذا اشترى

(١) الذخيرة لابن مازه ٥/٩٣.
(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٣/٤١٧.
(٣) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٨٢- ١٤٨.
(٤) تفسير القرطبي ٧/٢٤٨.

وإذا اقتضى»[١] في تحري السماحة في البيع، والشِّرْي، والتقاضي، والاقتضاء بالرضا بالإحسان، ويسير الربح، وحسن الطلب، وإقالة العثرات؛ تغليبًا لداعية الشرع؛ رغبة في الحصول على عظيم الحسنات، وكثرة الخيرات، ودفع البليات[٢]، مالم يُخْفِ العاقد من وراء ذلك باعثًا ينطوي على قصد خبيث، كالتحيُّل بالمساهلة والمسامحة في الحال؛ لطرد المنافسين في المبايعات، واحتكار السوق باعتبار المآل؛ لما يؤدي إليه هذا التحيُّل من كساد الأسواق، والإخلال بآلياتها[٣]، فليس هذا من قبيل المسامحة المصحوبة بالخيرات، وإنما هو من الحيل المذمومة الموجبة للمقت وسوء السبيل.

أدلة الضابط :

١- قاعدة: «حقوق الآدميين مبنية على المشاحة والمضايقة»[٤]، ودليلها؛ لأن الأصل ودليله، صالح لأن يجعل دليلا لما هو متفرع عنه.

٢- قاعدة: «مبنى المعاوضة على المشاحة»[٥]، ودليلها؛ لأن الأصل ودليله دليل لما يتخرج عليه.

٣- قاعدة: «داعي الطبع أقوى من داعي الشرع»[٦]، الدالة على أن الشرع يرعى في تقريره للحكم ما جبل عليه الإنسان باعتبار الفطرة من حب المال وقصد الاسترباح؛ فأباح له المماكسة في المبايعات، مالم تتجاوز حد الاعتدال إلى الظلم.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٢/ ٥٧ (٢٠٧٦) من حديث جابر بن عبد الله، رضي الله عنهما.

(٢) انظر: المنتقى للباجي ٥/ ١٠٩، المدخل لابن الحاج ٤/ ٧٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨/ ١٩٥.

(٣) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/ ١٩١.

(٤) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/ ١٦٤، حاشية الرملي ٤/ ٧٠.

(٥) المنتقى للباجي ٥/ ٢٢٤.

(٦) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ٣٧.

تطبيقات الضابط :

١- إذا أكره شخص على بيع ملكه بغير حق، لم يصح البيع؛ لأن الإكراه ينافي تمام الرضا بالبيع وحصول الرغبة في موجبه[١]؛ لما هو ثابت من أن البيوع مبنية على المشاحة والمضايقة.

٢- لا يجوز بيع الإنسان ما ليس في ملكه حين البيع، وإن مَلَكه بعده، كبيع مائة كيلو من الحنطة وهي ليست في ملكه، ما لم يكن بيع سَلَم؛ لأن بيع الإنسان لما لا يملكه يفضي إلى المنازعة في المبايعات؛ لما هي مبنية عليه من المشاحة والمضايقة[٢].

٣- لو وكَّل شخص آخر بالبيع، لم يجز للوكيل أن يبيع لنفسه أو لأقاربه؛ لتمكن تهمة المحاباة، وترك المماكسة والمشاحة المقررة - هنا - لمصلحة الموكل والمنبعثة نفسه إليها؛ لأن المبايعات مبناها على المماكسة والمضايقة[٣].

٤- من اشترى شيئًا فوجد به عيبًا، ثبت له حق الرد؛ لأن العيب ينافي تمام الرغبة في المبيع؛ لما أن البيع مبني على المماكسة والمشاحّة والاستقصاء[٤].

٥- إذا اشترى إنسان شيئًا على الوصف دون أن يراه، فإنه يثبت له خيار عند فوات الوصف؛ لأن اللزوم في البيع يعتمد تمام الرضا[٥]،

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣/٣٨٢، حاشية الدسوقي ٣/٦، المجموع ٩/١٨٢، أسنى المطالب ٢/٦.

(٢) انظر: رد المحتار ٥/٥٨، درر الحكام لعلي حيدر ١/١٧٦ المادة (١٩٧)، ١/١٨١ المادة (٢٠٥).

(٣) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ٤/٢٨٨.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/٩٨، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/١٦٠.

(٥) انظر: المبسوط ١٣/٧١، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٣٥، المغني ٤/١٦ .

وفوات أوصاف المبيع ينافي ذلك؛ لكون البيوع مبناها على المشاحة والمضايقة.

٦- إذا تزوج الرجل المرأة واشترى بيتها، مقابل خمسمائة ألف مهرًا لها وثمنًا للبيت، دون أن يعين مقدار المهر ومقدار الثمن من المبلغ المذكور؛ لا يصح فيهما؛ لتنافي الأحكام في النكاح والبيع؛ لما أن النكاح مبناه على المسامحة والمروءة، فيتحَمَّل جهالة البدل، والبيع مبناه على المشاحة لا يتحمل جهالة البدل[١].

٧- لا يجوز بيع الطير في الهواء، ولا السمك في الماء، ولا الفرس الشارد؛ لما في ذلك من امتناع القدرة على التسليم[٢]، وهذا مما يفضي إلى المنازعة الممنوعة شرعًا؛ لكون البيوع مبنية على المشاحة والمماكسة.

أ. د. مبروك عبد العظيم

* * *

(١) وقيل يصح انظر: بدائع الصنائع ٥/٤٩٤، شرح الخرشي ٣/٢٤٦.

(٢) انظر: البناية للعيني ٦/٢٥٣، البحر الزخار لأحمد المرتضى ٤/٥٠٠، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/١٦٩.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٠٨

نص الضابط: البَيْعُ مَنُوطٌ بِالرِّضَا[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- المناط في البيع هو التراضي[٢].

٢- مبنى البيع على التراضي لا الجبر[٣].

٣- أصل البيع هو التراضي[٤].

٤- انعدام الرضا يمنع صحة البيع[٥].

٥- التراضي معتبر في البيع[٦].

٦- ينعقد البيع بكل ما يدل على الرضا[٧].

٧- نفوذ البيع يعتمد تمام الرضا[٨].

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣.

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٣/٦، ٨.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ٢/١٩٠، تبيين الحقائق ١/٢٧٠.

(٤) البحر المحيط للزركشي ٣/٣٩.

(٥) بدائع الصنائع٥/٢٧٤ وبلفظ آخر: «كل بيع لم يكن عن تراضٍ فهو باطل» المحلى لابن حزم٩/٢١.

(٦) شرح السير للسرخسي ٥/١٧٩٣.

(٧) الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٧٢.

(٨) المبسوط للسرخسي ٢٤/٤٠.

صيغ ذات علاقة :

١- التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات[١]. (أعم).

٢- التراضي أساس الإلزام والالتزام[٢]. (أعم).

٣- تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد[٣]. (تكامل).

٤- التراضي إذا وقع على شيء مخالف للشرع فهو لغو[٤]. (قيد).

٥- التراضي يصحح كل معاملة، إلا ما كانت محرمة في نفسها[٥]. (قيد).

شرح الضابط :

(الرضا): خلاف السخط، وهما من صفات القلب، وحقيقة الرضا: اختيار الشيء وقبوله والرغبة فيه[٦]، ولقد استعمل الفقهاء لفظ (الرضا) بذلك المعنى أيضًا، فجاء في أسنى المطالب: الرضا: ميل النفس[٧]، إي إلى الشيء، والميل: هو الرغبة والقبول.

والأصل في البيع: مبادلة مال بمال[٨]، وحقيقته في اصطلاح الفقهاء: أنه عقد يتضمن انتقال الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع[٩]، فهو وسيلة تبادل الأموال بين الناس، ومعلوم أن عصمة الإنسان في ماله ثابتة شرعًا،

---

(١) السيل الجرار ٣/٥٩، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٢) زهرة التفاسير لأبي زهرة ١/١٦٥٧.
(٣) فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٨٨ وبلفظ: «لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتًا» فتح القدير ٦/٣٣٩.
(٤) درر الأحكام لعلي حيدر ٢/٥٢٩.
(٥) السيل الجرار ٣/٢٢٢.
(٦) انظر: لسان العرب لابن منظور ١٤/٣٢٣ مادة (رضي)، المصباح المنير للفيومي ص ٢٩٩، معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس ص ٢٢٣.
(٧) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣.
(٨) المصباح المنير للفيومي ص ٦٩.
(٩) نهاية المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٣٧٢.

والتراضي باعتبار الأصل هو المناط في نقل الأموال من بعض العباد إلى بعض[1].

ومن أهم الضوابط المخرجة على ذلك الأصل العام الضابط الذي بين أيدينا، ومعناه: أن اتجاه إرادة الشخص الصحيحة السليمة، ورغبته في نقل ملكه بيعًا أو شراء - معتبرة في حلِّ العقد وجوازه وانعقاده ونفوذه ولزومه، وأن انعدام الرضا أو اختلاله يكون له تأثير في منع ثبوت حكمه وترتب أثره[2].

ومعلوم أن الرضا وصف خفيٌّ من أوصاف القلوب، لا يمكن الاطلاع عليه باعتبار نفسه، وهو يسمى لدى المعاصرين بـ(الإرادة الكامنة)[3]، ولكن يمكن أن يوقف عليه باعتبار ما يدل عليه[4]، ومعهود في الشرع إقامة العلل الجليَّة، وجعلها مناطًا للأحكام الشرعية - مقام الأوصاف الخفيَّة التي يتعذر أو يتعسر إناطة الأحكام بها، والعسر مرفوع والحرج مدفوع، بقول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]؛ لذلك نرى الشارع يرد الناس فيه إلى المظان الظاهرة الجلية؛ دفعًا للعسر على الناس والتخبط في الأحكام.

ولذلك لما كان التراضي وصفًا خفيًّا متعلقًا بالنفوس، فتفاديا لخفائه؛ جعل الشارع ما يدل عليه - وهو الصيغة المؤلفة من الإيجاب والقبول - مدارًا للحكم وجودًا وعدمًا، وهي شرطه الذي لابد منه لتحقق صورته الشرعية في الخارج، ونظائر ذلك كثيرة مما أديرت فيها الأحكام على مظنة الأشياء دون الالتفات إلى حقيقتها، كإقامة النوم مقام الحدث في نقض الوضوء، وإقامة

(١) انظر: السيل الجرار للشوكاني ١/ ٥٥٠.
(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٧٤.
(٣) مصادر الالتزام لعبد الرزاق السنهوري ١/ ١٨٦.
(٤) البحر المحيط للزركشي ٧/ ١٧٠.

الوطء في ثبوت العدة مقام شغل الرحم، وإقامة البلوغ مقام نفس العقل في ثبوت أهلية الأداء، وإقامة السفر في الترخص مقام المشقة، وإقامة العدالة في اعتماد شهادة الشخص مقام الصدق، وتقرر لدى العلماء: «أن ما اعتبرت مظنته لم يلتفت إلى حقيقته»[١].

وما يدل على الرضا ويعبر عنه يسمى بـ(المظهر الخارجي للإرادة الباطنة)، والتعبير عن الرضا يكون بأي مظهر من مظاهر التعبير الصريحة التي تفيد إبانة المقصود، ومن أشهر الوسائل المحسوسة المستعملة في الكشف عن المقاصد وإظهار الرغبات: اللفظ المفيد، والكتابة المستبينة، والإشارة المـُفْهِمَة، وغيرها من الوسائل المعبرة عن إرادة العاقد الحاصلة بها الإفادة المؤدية للمعنى المراد، وليس لذلك حد مستمر لغة وشرعًا، بل تتنوع هذه الوسائل المعبرة عن الإرادات بتنوع اللغات، وتتطور بتطور آليات التعاقد ووسائل الاتصال[٢]؛ لأن الشارع لم يخص عقد البيع بصيغة معينة؛ فتناول كل ما أدى معناه، على اختلاف بين الفقهاء في بعض الوسائل، كالمناولة، وكالسكوت الملابس بدلالة الحال، ومدى اعتبارها صالحة للتعبير عن الإرادة الباطنة، سواء كان ذلك على مستوى كافة العقود، أو على مستوى بعضها دون بعض[٣]، وعلى هذا فلا يتعلق حكم العقد بما يختلج في القلوب من رغبات؛ لأن المقرر شرعًا: أن الشيء في معدنه لا يعطى له حكم الظهور ما لم يظهر[٤].

---

(١) انظر: المستصفى للغزالي ص ١٧٨، المغني لابن قدامة ١٠/١٨٩، ٧/٣٥.

(٢) انظر: أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص ٥٥، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي لمصطفى الزرقا ص ٩١، أحكام الإسقاطات في الفقه الإسلامي لأحمد الصويعي شليبك ص ٥٣ نشر: دار النفائس، الطبعة الأولى لعام ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.

(٣) انظر المسألة بالتفصيل في: بدائع الصنائع ٥/١٣٣- ١٣٤، الجوهرة النيرة للعبادي ١/١٨٤، الفواكه الداوني ٢/٧٢، كشاف القناع للبهوتي ٣/١٤٦- ١٤٧، مغني المحتاج ٢/٣٢٥، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤/٢١٦، أسنى المطالب ٢/٣، الابهاج لابن السبكي ٤/٣٩٠، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ١/١٤٣، سبل السلام للصنعاني ١/٢.

(٤) المبسوط ٣/١٥١.

وليس كل تراضٍ معبَّر عنه صالحًا بإطلاق لجعله مدارًا لحكم البيع، بل يشترط فيه ما يلي:

١- أن يصدر الرضا من شخص صحيح الإرادة سليم الاختيار ثابت الولاية؛ فمن المعلوم أن التراضي في عقد البيع وسائر التصرفات أداة لتحقيق مصالح ضرورية، ومما لا شك فيه أن تلك المصالح مشوبة بتكاليف ومشاق - قلت أو كثرت - تقترن بها أو تسبقها أو تلحقها، وهذا يستلزم أن يكون الشخص قادرًا على تصور معنى المعاملة التي يتعلق بها رضاه بالقدر الذي يتوقف عليه الامتثال في الوفاء بما يترتب عليها، وضابط هذا: أن يكون صحيح الإرادة سليم الاختيار ثابت الولاية؛ وعليه فلا يتصور الرضا المعتبر شرعًا من المجنون، والصبي فيما لم يؤذن له فيه، والمكرَه فيما أكره عليه، ومن في حكمهما ممن أشيبت إرادته، أو اختلت بعارض[1].

٢- وجود محل التراضي والعلم به؛ فيشترط لصحة التراضي في عقد البيع وروده على محل موجود معلوم، فالرضا لا يتحقق بالشيء إلا بعد العلم به ومعرفته، وهذا يستلزم وجوده أيضًا[2]، وهذا ما دلت عليه قاعدة: «إنما يقع التراضي على ما علم وعرف»[3]؛ لأن التراضي الصحيح التام بضرورة الحس لا يمكن أن يكون إلا بموجود معلوم علمًا نافيًا للجهالة[4]؛ إذ لا يمكن أصلا وقوعه على

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/٩٧، فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٨٨، الموافقات للشاطبي ٢/١٢١، ٢٨٨، الوسيط للسنهوري ١/١٨٣.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٥/٤٨٨، بدائع الصنائع ٥/١٣٨، حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣/١١، بلغة السالك للصاوي ٢/٢٨٥، إعانة الطالبين للبكري ٣/١٠٨، المغني ٤/٢٤٦.

(٣) المحلى لابن حزم ٧/٢٩٤.

(٤) الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات لعبد الله علي محمود الصيفي ص ٣٧، ٦١ نشر: دار النفائس، الطبعة الأولى لعام ١٤٢١هـ/٢٠٠٦م.

ما لا يدرى صفته وقدره، ويحصل العلم والمعرفة به إما عن طريق المشاهدة أو الوصف[١].

٣- قابلية محل التراضي للتعامل فيه شرعًا؛ فالتراضي الصحيح في عقد البيع لا يكون على ما يخالف حكم الشرع وينافيه، وهذا ما دلت عليه قاعدة: «التراضي يصحح كل معاملة إلا ما كانت محرمة في نفسها»[٢]، ولأن إذن العبد يعتبر بإذن الشرع[٣]؛ فنفي القدرة الشرعية نفي للإذن الصادر من المكلف، فالمأذون فيه بين العباد وبعضهم الأصل فيه أنه مباح شرعًا، إلا إذا تعارض مع إذن الشارع؛ فإنه ينزل منزلة ما لا إذن فيه[٤]؛ وعلى هذا فإن بيع الميتة والخمر والخنزير، وبُيَيْضَاتِ الآدميات وأرحامهن، ونطف الآدميين، وعلى الأموال الربوية مفاضلة ونسيئة، وعلى الحريات الشخصية، ونظائر ذلك مما لا يصح التعامل فيه شرعًا باطلٌ لا يحل، ولا يلتفت إلى رضا العاقدين به.

وهذا الضابط تدور عليه جميع صور البيوع، وهو يقرر أن التراضي ركن في البيع لا يسعنا إهماله، فهو مناط الحل، وأساس تبادل الملك، فمن لم تطب نفسه بشيء من حقوقه لم يجز لأحد أن يأخذه منه كرهًا، والحكمة من جعل الشرع التراضي مناطًا للبيع؛ لأن في ذلك نزاهة للنفس والمجتمع وطهارته من أسباب النزاع؛ لأن الاستيلاء على الأموال بغير موافقة أصحابها يؤدي إلى

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٧/٢٢٣.

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٣/٢٢٢.

(٣) بدائع الصنائع ٧/١٩٣، وانظر: المبسوط ٦/٥٧ وفيه الفروق ١/٢١٩ وفيه: «وصحة الوصف تابع للإذن الشرعي؛ فحيث لا إذن لا صحة» البيان للعمراني ١٢/٢٩٨ وفيه: «الإذن يحمل على المعهود في الشرع» كشاف القناع ٥/١٤٠.

(٤) بدائع الصنائع ٢/٣٢٤، غمز عيون البصائر للحموي ١/٢٣٣.

التنازع والتشاحن والتقاتل، ومعلوم أن البيع مبني على المضايقة والمماكسة؛ ولذا عقب الله تعالى النهي عن أكل أموال الناس بالباطل بالنهي عن قتل أنفسهم[(١)] في قول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩].

ولا يقر الفقهاء بيعًا لم يقم على التراضي من الجانبين إلا ما كان بحق، كالبيوع الجبرية التي يجريها الحاكم، إما مباشرة نيابة عمن يجب عليه إجراؤها إذا امتنع عنها، أو يجبر هو على إجرائها، كجبر المدين الممتنع عن الوفاء بالديون الحالة بسبب القرض، أو الرهن، أو النفقة، أو الغرامة، أو العقد، وكإجبار المشتري على بيع ما اشتراه لمن استحقه بالشفعة، وكإجبار المحتكر على البيع بسعر السوق؛ لأن هذا من باب الإكراه بحق، والمقرر شرعًا أن الإكراه بحق كالطوع[(٢)].

أدلة الضابط:

١- النصوص الشرعية الدالة على أن التراضي هو أساس تحليل بعض أموال العباد لبعض، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وحديث أبي حرة الرقاشي عن عمه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحِل مال امرئ إلا بطيب نفس منه»[(٣)]، فالآية

---

(١) انظر: زهرة التفاسير ١/٢٧٣٧.

(٢) انظر: المبسوط ٢٤/٥٧، حاشية الدسوقي ٢/١٤٥، المجموع للنووي ٩/١٨٦، أسنى المطالب ٢/٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٧، مطالب أولي النهى ٣/١١.

(٣) رواه أحمد ٣٤/٢٩٩ (٢٠٦٩٥)، والدارمي ٣/١٦٤٩ (٢٥٧٦) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه، رضي الله عنه، وهو جزء من حديث أوله: كنت آخذًا بزمام ناقة رسول الله ﷺ في أوسط أيام التشريق.

تفيد بمنطوقها منع كل أحد أن يأكل مال غيره إلا برضاه، و الحديث يصرح بأن مال الإنسان محظور على كل أحد ما لم تطب به نفسه[١].

٢- عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله ﷺ قال: «إنما البيع عن تراضٍ»[٢]، والمعنى: إن البيع الصحيح شرعًا، الذي تترتب عليه آثاره، هو ما وقع عن تراضٍ من المتعاقدَين[٣]؛ فدل ذلك على أن البيع منوط بالرضا.

٣- القواعد الفقهية التي قررت اعتبار التراضي هو الأساس الشرعي للمبادلات المالية وانتقال الأملاك بين الناس، ومنها: «التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات[٤]، «التراضي أساس الإلزام والالتزام»[٥]، «التراضي هو المناط في نقل الأموال من بعض العباد إلى بعض»[٦]، «التراضي هو المعتبر في باب المعاوضات المالية»[٧].

تطبيقات الضابط :

١- لا يصح بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأنه لا بد من رضا معتبر، وهو مفقود من المجنون والصبي غير المميز؛ لفقدان ما يدل عليه[٨]، والبيع منوط بالرضا؛ فلا ينعقد مع ما ينافيه.

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ٣/٣٩٤، أحكام القرآن للجصاص ١/١٨٥، السيل الجرار ١/٦١٣.

(٢) رواه ابن ماجه ٢/٧٣٧(٢١٨٥)، وابن حبان ١١/٣٤٠-٣٤١(٤٩٦٧)، والبيهقي في الكبرى٦/١٧، وقال البوصيري في مصباح الزجاجة ٢/١٦٨ (٧٦٨-٢١٨٥): هذا إسناد صحيح ورجاله ثقات.

(٣) انظر: المجموع ٩/١٨٦، التيسير للمناوي ١/٣٥٨.

(٤) السيل الجرار ٣/٥٩.

(٥) زهرة التفاسير لأبي زهرة ١/١٦٥٧.

(٦) السيل الجرار ١/٥٥٠.

(٧) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٢٦٧.

(٨) انظر: المبسوط ٥/٩٧، فتح القدير ٦/٣٨٨، بدائع الصنائع ٥/١٣٥، حاشية الدسوقي ٣/٥، ٦، التاج والإكليل للمواق ٦/٣٥، مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٤٤ وفيه: «وقال ابن عرفة: انظر له ـ أي للمجنون والصبي ـ السلطان بالأصلح في إتمامه وفسخه» كشاف القناع ٣/١٤٩، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٢٩١.

٢- إذا أكره شخص على بيع ملكه، لم يصح البيع؛ لأن الإكراه ينافي الرضا[١]، والبيع منوط بالرضا.

٣- إذا اشترى إنسان شيئًا على الوصف دون أن يراه، فإنه يثبت له خيار عند فوات الوصف؛ لأن اللزوم في البيع يعتمد تمام الرضا[٢]، وفوات أوصاف المبيع ينافي ذلك.

٤- إن أراد الغاصب بيع الثوب المصبوغ، أو بذل قيمة الثوب للمالك لم يجبر المالك على ذلك[٣]؛ لأن مبنى البيوع على التراضي.

٥- لا يصح بيع الهازل؛ لأنه متكلم بكلام البيع لا على إرادة حقيقته، فلم يوجد الرضا بالبيع[٤]، والرضا هو أساس البيوع.

٦- بيع التلجئة والأمانة لا يصح، وهو أن يتواضع شخصان في السر لأمر ألجأهم إليه، كخوف من ظالم على أن يظهر البيع، ولا بيع بينهما حقيقة؛ فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو المنصوص عليه في مذهب الحنابلة، وبه قال الشافعية في مقابل الصحيح،

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣/٣٨٢، حاشية الدسوقي ٣/٦، المجموع ٩/١٨٢، أسنى المطالب ٢/٦.

(٢) انظر: المبسوط ١٣/٧١، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٣٥، المغني ٤/١٦.

(٣) انظر: كشاف القناع ٤/٨٦.

(٤) وهذا قول الحنفية، والمشهور في مذهب الحنابلة، ومقابل الأصح عند الشافعية، وبه قال المالكية في رواية ابن القاسم على أن يحلف العاقد أنه قصد الهزل، فإن لم يفعل لزم البيع، وقيل: ينعقد، وهو الأصح عند الشافعية، وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة. انظر: المبسوط ٢٤/٣٩، بدائع الصنائع ٥/١٧٦، الجوهرة النيرة ١/٢٤٠، معين الحكام للطرابلسي ص ١٤٣، حاشية الدسوقي ٣/٤ وفيها: «هزل البيع ليس جدًا» بلغة السالك ٣/١٥، المجموع ٩/٢٠٤، تحفة المحتاج ٤/٢١٦، كشاف القناع ٣/١٥٠، الإنصاف للمرداوي ٤/٢٦٦.

ووافقهم بعض المالكية[١]؛ لانعدام الرضا بحقيقة البيع[٢]، والبيع منوط بالرضا.

٧- يصح بيع الأعمى والأخرس وشراؤهما بالوسائل المعبرة عن رغبتهما في البيع[٣]؛ لأن البيع منوط بالرضا، وهو حاصل في حقهما.

٨- يثبت للمشتري خيار الرجوع بالعيوب التي اكتشفها في المبيع بعد العقد؛ لأنه لو علم بها عند العقد لتغيرت رغبته عادة، فإن سكت عن الرجوع، أو كان قد رآها عند العقد، أو ذكرت له، فلا حق له في الرجوع؛ لأن سكوته مع العلم قرينة الرضا، والرضا هو مناط صحة البيوع[٤].

أ. د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

---

(١) خلافًا لما رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة، والصحيح من مذهب الشافعية، أن البيع جائز؛ لأن ما شرطاه في السر لم يذكراه في العقد، وإنما عقدا عقدًا صحيحًا بشرائطه خاليًا عن مقارنة مفسد؛ فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط بدائع الصنائع. ١٧٦/٥، المجموع ٣١٤/٩، أسنى المطالب ١١/٢، وللمالكية تفصيل في هذا حاصله على حد قول ابن عرفة: «أن الإكراه على سبب البيع فيه أقوال ثلاثة: قيل: إنه لازم وبه العمل، وفيه: أنه غير لازم، وعليه إذا رد المبيع: فهل يرد بالثمن، وهو المعتمد، أو بلا ثمن؟ وبقي قول رابع لسحنون، وحاصله: أن المضغوط إن كان قبض الثمن رد المبيع بالثمن، وإلا فلا يغرمه» حاشية الدسوقي ٦/٣.

(٢) انظر: المبسوط ١٢٧/٢٤، بدائع الصنائع ١٧٦/٥، البحر الرائق لابن نجيم ١٠٠/٦، الفتاوى الهندية ٢٠٩/٣، تحفة المحتاج ٢٤٩/٤، المغني ١٥٠/٤، كشاف القناع ١٤٩/٣، الفروع لابن مفلح ٤٩/٤، الإنصاف ٢٦٥/٤.

(٣) انظر: السيل الجرار للشوكاني ٩/٣.

(٤) انظر: مرآة المجلة ليوسف آصاف ١٦٠/١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٠٩

نص الضابط: يَنْعَقِدُ البَيْعُ بِمَا عَدَّهُ النَّاسُ بَيْعًا[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- ما عدّه الناس بيعًا فهو بيع[٢].

٢- ينفذ البيع بما عده الناس بيعًا[٣].

٣- يقع البيع بما يعتقده الناس بيعًا[٤].

٤- كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعدُّوه بيعًا فهو بيع، وما لم تجر العادة فيه بالمعاطاة لا يكون بيعًا[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ[٦]. (أعم).

---

(١) كشاف القناع للبهوتي ٥/٣٨.

(٢) تهذيب الفروق لمحمد المالكي ١/٥١، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٣٧٢.

(٣) مطالب أولي النهى للرحيباني ٥/٤٨.

(٤) المغني لابن قدامة ٤/٤.

(٥) انظر: مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/١٠٢، ٢٥٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «العرف إنما يعتبر إذا لم يخالف المنصوص».

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٠٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني».

٢- المعتبر فيما لا نص فيه العادة[١]. (أعم).

٣- ينعقد البيع بما يدل على الرضا[٢]. (أعم).

٤- العرف إنما يعتبر فيما لا نص بخلافه[٣]. (قيد).

٥- الألفاظ المحتملة لا يلزم البيع بها بمجردها حتى يقترن بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع[٤]. (أخص).

شرح الضابط :

موضوع هذا الضابط يتعلق بالأساليب التي يجرى بها عقد البيع، وهو يقرر - باعتبار الأصل - أن المرجوع إليه في ذلك هو عرف الناس وعاداتهم، وقد اتفق أهل العلم على أن مدار وجود العقد، هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين؛ بإنشاء التزام بينهما بصيغة من صيغ العقد، وهو ما يعرف بـ(الإيجاب والقبول) عند الفقهاء؛ ويسمى عند القانونيين بـ(التعبير عن الإرادة)، وتختلف أساليب تلك الصيغ المعبِّرة عن الإيجاب والقبول، فقد تكون بواسطة اللفظ، وقد تكون بما يقوم مقام اللفظ من الفعل أو الإشارة أو الكتابة[٥]، وتأتي الصيغة اللفظية في المقام الأول للكشف عن مقاصد الناس وإظهار رغباتهم، وهي الأسلوب الأكثر استعمالا في التعبير عن الإرادات الباطنة، وتليه في المرتبة الكتابة المستبينة المعبرة عن الإيجاب والقبول[٦]،

(١) تبين الحقائق ٤/١١١، وانظر: درر الحكام للملا خسرو ٢/٢٠٥.
(٢) التاج والإكليل للمواق ٦/١٢.
(٣) المبسوط للسرخسي ١٤/١٣٦.
(٤) المنتقى للباجي ٤/١٥٧.
(٥) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/٤٤٧.
(٦) خلافًا لما عند الظاهرية والإمامية أنه لا يصار إلى الكتابة إلا في حالة العجز عن النطق والإشارة. انظر: المحلى لابن حزم ٩/٢٩٤، شرائع الإسلام للحلي ١/١٦٥.

وتأتي الإشارة أسلوبًا ثالثًا للتعبير عن الرضا بالبيع عند العجز عن التلفظ بالصيغة أو كتابتها[١]، وتأتي المعاطاة[٢] - وهي ما تسمى بـ(المناولة أو المبادلة الفعلية، أو بيع البذل)[٣] - أسلوبًا رابعًا في التعبير عن الرضا بالبيع، وهذا الأسلوب لا يكون فيه نطق قولي بألفاظ الإيجاب والقبول، فلا يقول البائع: بعتُ، ولا يقول المشتري: اشتريتُ، وإنما يكتفي كل منهما بالمبادلة الفعلية المُفهمة للتراضي فيما بينهما في التسليم والتسلّم، حيث يُسلِّم البائع البضاعة، ويُسلِّم المشتري - في مقابل ذلك - الثمن، وهكذا يتم التفاهم (التراضي) بين البائع والمشتري، ويُبرَم البيع بينهما «بوضع الثمن وأخذ المبيع عن تراضٍ من العاقدين»[٤]، وهو مختلف فيه بين المذاهب الفقهية على النحو التالي:

القول الأول: يرى عدم اعتبار المعاطاة مطلقًا دليلا على الرضا بالبيع؛ اعتبارًا للأصل عندهم، وهو أن العقود لا تصح إلا بالصيغة، وهذا هو القول المشهور عن الإمام الشافعي، وعن الإمام أحمد في رواية، وبه قال الظاهرية، والإمامية، والزيدية، وجمهور الإباضية، وحجتهم أن المعاني التي في النفس لا تنضبط إلا بالألفاظ التي قد جعلت لإبانة ما في القلب؛ إذ الأفعال من المعاطاة ونحوها تحتمل وجوها كثيرة، ولأن العقود من جنس الأقوال فهي في المعاملات، كالذكر والدعاء في العبادات[٥].

---

(١) خلافًا لما عند المالكية أن البيع يصح بالإشارة الواضحة المفهمة من القادر على النطق وغيره انظر. حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣/٣.

(٢) بيع التعاطي: هو أن يأخذ المشتري المبيعَ، ويدفعَ للبائع الثمنَ، أو يدفعَ البائعُ المبيعَ فيدفع له الآخر ثمنَه، من غير تكلم ولا إشارة الشرح الكبير للدردير ٣/٣.

(٣) انظر: مبدأ الرضا في العقود للقره داغي ٩١٧/٢- ٩١٨، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي (عرض منهجي) لمحمد زكي عبد البر ص ٤٢.

(٤) مجمع الأنهر ٧٨/٣.

(٥) انظر: المجموع للنووي ١٦٢/٩- ١٦٣، المنثور للزركشي ٣١٩/٢، القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٠٤، الإنصاف للمرداوي ٢٦٣/٤، البحر الزخار لابن المرتضى ٢٩٧/٤، التاج المذهب للعنسي ٤٥٦/٢، الروضة البهية للعاملي ٢٢٣/٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤٥٦/١٤.

القول الثاني: يرى أن المعاطاة معتبرة مطلقًا للدلالة على الرضا بالبيع، وهو قول جمهور الحنفية، والمالكية، والصحيح من مذهب الحنابلة؛ لأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره، ولأن المقصود المعنى دون اللفظ(١).

القول الثالث: يرى أن بيع المعاطاة معتبر للدلالة على الرضا بالبيع في اليسير، وهو ما قل ثمنه، لا الكثير، وهو ما كثر ثمنه، وبهذا قال الكرخي من الحنفية، والمشهور عن ابن سريج من الشافعية، والقاضي من الحنابلة في رواية عنه، وبعض الإباضية؛ لتسامح الناس عادة في اليسير دون الكثير، ولأن هذه الأمور لو لم ينعقد البيع فيها بالمعاطاة الدالة على الرضا لوقع الناس في حرج شديد، وفسدت لهم أمور كثيرة(٢).

فهذا الضابط في جملته يقرر أن: البيع ينعقد بكل لفظ أو فعل واضح مفهم للدلالة على الرضا بالعقد، وليس لتلك الأساليب المعبرة عن الرضا الباطني حدٌّ مستمر لا في شرع ولا لغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم، بل قد تختلف في ذلك أنواع اللغة الواحدة، فلا يُلزم الناس بأسلوب معين من الاصطلاحات في المعاملات، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم، إذا كان ما تعاقدوا به دالًّا على مقصودهم(٣)، فكل لفظ أو فعل فهم منه الإيجاب والقبول؛ لزم به البيع(٤)، والمعتبر

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٣٤/٥، البحر الرائق لابن نجيم ٢٩١/٥، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٧/٣- ٨، حاشية ابن عابدين ٥١٤/٤، التاج والإكليل ١٢/٦، منح الجليل لعليش ٤٣٥/٤، المدخل لابن الحاج ١٥٦/١، ٢٩٦، المغني ٤/٤، الفروع لابن مفلح ٤/٤، ١٤٣، الإنصاف ٢٦٣/٤.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٥١٤/٤، المجموع ١٩٠/٩، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٩٥/٢، المغني ٤/٤، الإنصاف ٢٦٣/٤، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤٥٦/١٤.

(٣) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٣٠/٢، الذخيرة للقرافي ٢٧٥/٩، الحاوي للماوردي ٥٣/٨، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤- ٦.

(٤) انظر: المنتقى للباجي ١٥٧/٤.

في كل بلد عرفها في ذلك[١].

وهذا الضابط مقيد في إعماله بما لا توقيف فيه، شأنه شأن كل عرف وعادة؛ لما هو مقرر شرعًا: أن العرف إنما يعتبر فيما لا نص بخلافه[٢]، فلو تعارف الناس فيما بينهم على وسيلة للتعاقد وهي منهي عنها شرعًا، فلا ينعقد بها البيع، كبيوع الملامسة، والمنابذة، والحصاة[٣]، ونحوها من البيوع المعقودة على المخاطرة والمقامرة والغرور[٤].

أدلة الضابط:

١- أن الله تعالى أحل البيع، ولم يثبت في الشرع لفظ له؛ فوجب الرجوع إلى العرف كما في القبض، والحرز، وإحياء الموات، وغير ذلك من الألفاظ المطلقة، فإنها كلها تحمل على العرف، وقد اشتهرت الأحاديث بالبيع عن النبي ﷺ وأصحابه - رضي الله عنهم - في زمنه وبعده، ولم يثبت في شيء منها مع كثرتها اشتراط أقوال أو أفعال محدودة لانعقاد البيوع بها[٥].

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٢/٢٤٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٤/١٣٦.

(٣) (بيع الملامسة) صورته: أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره، أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه، وسبب تحريمه الجهل بالصفة. و(بيع المنابذة) صورته: أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا، وإنما يجعل ذلك راجعًا إلى الاتفاق، و(بيع الحصاة) صورته: أن يقول المشتري أي ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمي بها فهو لي، أو يقول: إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع. الفروق مع هوامشه ٣/٤٣٣.

(٤) انظر: العناية للبابرتي ٦/٤١٧، أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٤٧، المنتقى للباجي ٥/٤٤، التاج والإكليل ٦/١١٥، المجموع ٩/١٧١، المغني٤/١٤٥، المحلى ٧/٢١٩، البحر الزخار ٤/٢٩٣، شرح النيل وشفاء العليل ٨/٩٦.

(٥) انظر: المجموع ٩/١٩١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩، كشاف القناع للبهوتي ٥/٣٨، الفروع ٥/١٦٩.

٢- قاعدة: «العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ»[١]، ودليلها؛ لأن الأصل ودليله دليل لما يتفرع عنه.

٣- قاعدة: «المعتبر فيما لا نص فيه العادة»[٢]، ودليلها؛ لأن الأصل ودليله دليل لما هو متفرع عنه.

تطبيقات الضابط:

١- ينعقد البيع بأي لغة من اللغات، وبأي لهجة من اللهجات[٣]؛ لأن البيع ينعقد بما عدَّه الناس بيعًا.

٢- ينعقد البيع بقول البائع: خذ هذا بكذا، وبقول المشتري: أخذت؛ لما يفهم من ذلك عُرفًا معنى البيع وحكمه لدى المتعاقدين[٤]، وما عده الناس بيعًا فهو بيع.

٣- ينعقد البيع بلفظ الإعطاء والاشتراء، وينعقد كذلك بلفظ الهبة، مع ذكر البدل[٥]؛ لكون ذلك يُعد بيعًا في عرف الناس، وما عده الناس بيعًا فهو بيع.

٤- ينعقد البيع بقول المشتري: جعلت، ورضيت، وأمضيت، وأجزت، وقول البائع: هات الثمن، أو إن أردت، أو إن أعجبك، أو وافقك[٦]؛ لأن الناس يعدون ذلك بيعًا، والبيع ينعقد بما يعده الناس بيعًا.

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ١٠٢/٥.

(٢) تبيين الحقائق ١١١/٤، وانظر: درر الحكام للملا خسرو ٢٠٥/٢.

(٣) انظر: كشاف القناع ١٩/١٧.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٠٧- ٢٠٨، البحر الرائق ٢٢٠/٦.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٠٧- ٢٠٨، البحر الرائق ٢٢٠/٦.

(٦) انظر: شرح المجلة لسليم رستم باز ص٧٧.

٥- ينعقد البيع بقول البائع بعد إيجاب المشتري: يبارك الله لك في السلعة؛ لأنه يتضمن في عرف الناس معنى قبول البيع[١]، وما عده الناس بيعًا فهو بيع.

٦- يصح التعاقد بالكتابة بين حاضرَيْن، أو باللفظ من حاضر والكتابة من الآخر، وكذلك ينعقد البيع بالكتابة إلى غائب، وكذا بإرسال رسول[٢]؛ لاعتداد الناس بذلك فيما بينهم في البيوع، والبيوع تنعقد بكل ما عده الناس بيعًا.

٧- ينعقد البيع عبر وسائل الاتصال الحديثة، كالهاتف، والفاكس، والتلكس، والإنترنت، إذا روعي اقتران الإيجاب بالقبول، بحسب ما تعارف عليه الناس في تلك الوسائل[٣]؛ لأن ما عده الناس وسيلة لعقد البيع انعقد به.

٨- يُعتبر من أساليب البيع أن يضع المشتري الثمن فيما هو معلوم الثمن لمثله عادة ويقبض السلعة، كقطع الحلوى وحُزم البقول، أو غير ذلك كما يتعامل بها غالب الناس[٤]، وينطبق هذا في الوقت الحاضر: على السلع التي توضع عليها ملصقات (استيكرات) بأثمانها، فهي معلومة الثمن للزبائن؛ ولهذا يأخذونها ويعطون الثمن المسجل عليها للبائع مباشرة، بدون تلفظ بالإيجاب والقبول، قال الحنابلة: ويصح

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٣/٣، حاشية القليوبي ١٥٣/٢، شرح منتهى الإرادات ١٤٠/٢.

(٢) انظر: شرح الخرشي ٥/٥، مواهب الجليل للحطاب ٢٤١/٤، حاشية القليوبي ١٥٤/٢، كشاف القناع ١٤٨/٣.

(٣) انظر: المعاملات المالية المعاصرة لوهبة الزحيلي ص ١٣٢ طبعة دار الفكر المعاصر الطبعة الأولى لعام ١٤٢٣هـ، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية لعبدالرحمن بن عبدالله السند ص ١٢٥-١٢٨ طبعة دار الوراق الطبعة الثانية لعام ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.

(٤) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٨/٢٩، المبدع ٦/٤، شرح منتهى الإرادات ٦٧/٢.

البيع بهذه الطريقة ولو لم يكن المالك (صاحب السلعة) حاضرًا؛ للعرف[١].

٩- إذا أتى الصانع – في بيع الاستصناع - بعين صَنَعها قبل العقد، ورضي به المستصنع، فإنما يجوز ذلك لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما[٢].

١٠- الشريكان، إن باع أحدهما متاعًا من الشركة، فرُدّ عليه ذلك المتاع، فقبله بغير قضاء القاضي، جاز في حق الشريكين معًا؛ لأن قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء: بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي، وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة[٣].

د. محمد يحيى بلال

* * *

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٦٧.
(٢) انظر: البدائع ٥/٢.
(٣) بدائع الصنائع ٦/٧١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣١٠

نص الضابط: بَيْعُ المُضْطَرِّ المُضْغَطِ لَا يَجُوزُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا يصح البيع من مُكرَه بلا حق[٢].

٢- لا يصح بيع مُكرَه[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- بيعُ المُكرَه وشراؤه باطلان[٤]. (أعم).

٢- لا يجوز على مضطهَد نكاح ولا بيع[٥]. (أعم).

---

(١) الكافي لابن عبد البر ص ٣٦١.

(٢) الروض المربع للبهوتي ٢٦/٢، وفي مغني المحتاج للشربيني ٧/٢ الـمُكرَه بغير حق لا يصح بيعه وفي الإقناع للشربيني ٢٧٧/٢: لا يصح عقدُ مُكرَهٍ في ماله بغير حق وبنحوه في التاج المذهب للعنسي ٣٠٨/٢، وفي أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٦/٢: «لا يصح بيع مُكرَه» وانظر شرح النيل لأطفيش ٢٣١/٨، ٢٨٤/٩.

(٣) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٦/٢، وانظر: شرح النيل لأطفيش ٢٣١/٨، ٢٨٤/٩.

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٣.

(٥) رواه البيهقي عن شُريح في سننه الكبرى ١٨/٦ (باب ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره).

شرح الضابط :

موضوع الضابط يتعلق بأحد المقومات الأساسية لعقد البيع التي لا يصح البيع إلا بها، وهو أن يكون البيع صادراً عن إرادة حقيقية، وقصد داخلي لعقده، وهي تلك الإرادة التي تنشأ عن رضا المتعاقدين واختيارهما التام، فإن عُدمت الإرادة الحقيقية منهما أو من أحدهما، ووُجدت - فقط - الإرادة الظاهرية المتمثلة في مجرد صيغة الإيجاب والقبول، فإنها لا تفيد شيئًا، بل يكون البيع في تلك الحالة صُوريًا، ولذلك حالات: فمنها ما يُعبِّر عنه هذا الضابط بعبارة: «بيع المضطر المـُضغَط».

و(المضطر): معناه معروف، وهو من أُحوِج وأُلجِئ إلى شيء وليس له منه بُدٌّ، وأصل المادة مأخوذة من الضرر، وهو ما كان فيه مكروه وأذى، يقال: ضَرَّ فلانًا إلى كذا: أي ألجأه إليه، وأضرَّ فلانًا على الأمر: أي أكرَهَه، ومنه (الضرورة): اسم من الاضطرار[١].

و(الـمُضغَط): هو بمعنى المضطر في الجملة، يقال: ضَغَط عليه في غُرم أو نحوه: تَشدَّد وضيَّق وقَهَرَه أو أكرَهَه[٢]، ويقال: فَعَل ذلك ضغطة: أي قهراً واضطراراً[٣]، وأَخَذتَ فلانًا ضغطة: إذا ضيَّقتَ عليه لتُكرِهه على الشيء[٤]، ومنـه ما جاء في قصة صلح الحديبية، من قول سهيل بن عمرو حين فاوَضَ النبيَّ ﷺ، فقال: «والله لا تتحدّث العرب أنّا أُخِذنا ضغطةً»[٥]، أي ضيقًا وإكراهًا وقهرًا.

---

(١) انظر: المصباح المنير للفيومي ص ٣٦٠، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/٣٦٠، المعجم الوسيط ١/٥٣٧.

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة ٣/٣٦٤، لسان العرب ٧/٣٤٢، المعجم الوسيط ١/٥٤٠.

(٣) لسان العرب ٧/٣٤٣.

(٤) انظر: عمدة القاري ١٤/١٣، فتح الباري ٥/٣٤٣، مرقاة المفاتيح ٧/٥٦٣.

(٥) رواه البخاري ٧/٩٥ (٢٧٣١).

ومن الجدير بالذكر: أن هذا التعبير: «بيع المُضغَط» مأثور عن القاضي شُريح - رحمه الله تعالى - فقد جاء عنه أنه كان لا يجيز بيع الضغطة[١].

هذا ما يتعلق بأصل معنى «المـُضغَط».

لكن فقهاء المالكية -وصيغة الضابط مأخوذة عنهم- خصوا «بيع المُضغَط» بصورة خاصة من الإكراه، وهي ما أفاده الحطّاب نقلا عن ابن رشد: أن هذه التسمية خاصة بما إذا أُكره الشخص على دفع المال ظلمًا، فيُضطر لبيع ماله من أجل ذلك ليؤدّيه فيما أُكره عليه[٢].

ويترتب على هذا عند المالكية: أنهم يفرِّقون بين (بيع المضطر) و(بيع المـُضغَط).

فالمضطر عندهم في البيع: هو مَن يُكرَه على البيع نفسه.

أما المُضغَط (أو المضغوط): فهو مَن يُكرَه على دفع المال ظلمًا لجهة ما، وليس عنده ما يدفعه لها، فيُضطر للبيع؛ ليحصل على المال أولا، ثم يدفعه بعد ذلك فيما أُكره عليه، فالإكراه في هذه الصورة - عند المالكية - سبب للبيع، ولم يكن البيعُ محلَّ الإكراه مباشرة، بخلاف بيع المضطر؛ فإن الإكراه فيه ينصبّ - عندهم - على البيع نفسه أصالة[٣].

وليس هذا الخلاف عند المالكية مجرد خلاف لفظي، وإنما هو خلاف حقيقي يترتب عليه عندهم اختلاف أحكام النوعين المذكورين من البيع.

وذلك أن كلا النوعين من البيع (بيع المضطر، والمضغوط) غيرُ لازم عندهم، بل يكون للبائع المستكرَه: الخيار بين إجازة البيع وردِّه.

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٤/٣٢٧.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٤/٢٤٨.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٤/٢٤٨، الشرح الصغير للدردير ٣/١٨.

فإن رَدَّ البيع وفَسَخَه:

- ففي صورة كونه مضطرًّا: يَرُدّ البائع الثمن الذي أخذه قولا واحدًا، إلا أن تقوم بينة على تلفه من غير تفريط.

- أما في صورة كونه مضغوطًا: فإنه يَسترد متاعه، ولا يلزمه دفع الثمن - على المعتمد - بل يأخذ حقه بلا ثمن يغرمه للمشتري[١].

هذا ما يتعلق بمذهب المالكية.

أما غير المالكية: فلم يظهر عندهم هذا الفرق المذكور بين النوعين من الإكراه، وإنما الإكراه في البيع يشمل - عندهم- جميع صور الإكراه، إلا أن خلافهم يظهر في حكم بيع المكرَه:

- من حيث عدم جوازه أصلا، فهو بيع باطل لا يترتب عليه شيء من أحكام البيع، وهو ما يقول به الشافعية والحنابلة والزيدية[٢].

- أو أنه لا يجوز إلا برضا البائع، فهو بيع غير لازم، بل موقوف على رضا البائع بعد زوال ظرف الإكراه، فإن رضي بهذا البيع المُكرَه عليه وأجازه، صح البيع حينئذ ولَزِم، وإلا يحق له فسخه فيبطُل ويسترد المبيع، وهذا ما يقول به الحنفية والإمامية[٣]، وهو موافق لرأي المالكية.

هذا، وذهب ابن حزم إلى أن بيع المضطر صحيح لازمٌ؛ لأنه بيعُ تراض لم يُجبِره أحد عليه، وإنما أُكرِه هو على إعطاء المال فقط، فلو أنه أَتَى بمال من

---

(١) انظر: مواهب الجليل ٢٤٩/٤، الشرح الصغير للدردير ١٨١٩/٣، حاشية الصاوي على الدردير ١٨١٩/٣.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٧/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ١٠/٣، التاج المذهب ٣٠٨/٢.

(٣) انظر: مختصر القدوري مع الجوهرة النيرة للحدادي ٢٥٤/٢، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٤٣٠/٢، الروضة البهية ٢٢٦/٣ - ٢٢٨.

غير البيع؛ ليدفعه للجهة المـكرِهة له، ما أُلزِم بالبيع؛ فصح أنه بيع تراض[(١)].

ثم إن المراد ببيع المـكرَه في الضابط: الإكراه بغير حق، وهو ما جاء التصريح به في بعض الصيغ الأخرى للضابط؛ وإلا فالإكراه بحق - كما سيأتي في الاستثناءات - جائز، ويصح البيع به، وينفُذ، ويلزم، كما صرّح به الفقهاء[(٢)]؛ لأن «الإكراه بحق لا يُعدِم الاختيارَ شرعًا»[(٣)].

كما تجدر الإشارة إلى أن الإكراه على الشراء ظلمًا، هو مثل الإكراه على البيع فيما سبق من الأحكام، فهو داخل في مضمون هذا الضابط؛ ولذا جاء ذكره مقرونًا مع «البيع» في بعض صيغ الضابط، مثل قول ابن جُزيّ: «بيعُ المُكرَه وشراؤه باطلان»[(٤)].

أدلة الضابط :

١- جاء في (أسنى المطالب): «لا يصح بيع مُكرَهٍ؛ لآية: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[البقرة:١٨٨]، ولخبر: «إنما البيع عن تراضٍ»[(٥)]» انتهى[(٦)].

---

(١) انظر: المحلى ٧/٥١٠- ٥١٢.

(٢) انظر: مغني المحتاج للشربيني٢/٧، مواهب الجليل ٤/٢٤٨، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/١٠، مجمع الأنهر ٤/٤٠.

(٣) مجمع الأنهر ٤/٤٠.

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٣.

(٥) رواه ابن ماجه ٢/٧٣٧ (٢١٨٥)، وابن حبان ١١/٣٤٠-٣٤١ (٤٩٦٧)، والبيهقي في الكبرى ٦/١٧، وقال البوصيري في مصباح الزجاجة ٢/١٦٨(٧٦٨-٢١٨٥): هذا إسناد صحيح ورجاله ثقات.

(٦) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٦، وانظر: مغني المحتاج ٢/٧، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/١٠.

٢- حديث: نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر[١].

٣- حديث عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - مرفوعًا: «ولا يشتري مال امرئ مسلم في ضغطة»[٢].

تطبيقات الضابط:

١- من استولى على مال غيره ظلمًا بغير حق، فطلبه صاحبه، فجحده أو منعه إياه حتى يبيعه، فباعه على هذا الوجه، فهذا مكرَهٌ بغير حق[٣].

٢- من كان عالمـًا بحال المضغوط، فاشترى شيئًا من متاعه، فهو ضامن كالغاصب[٤].

٣- من اشترى سِلَعًا يدفعها في مظلمة، والبائع يعلم بضغطه، فهو بمنزلة بيع المضغوط، وعليه فيرجع المشتري على بائعها بالثمن، أو بأعيانها إن وجدت عند الضاغط[٥].

٤- كل ما أحدث المبتاع في المبيع من تصرفات، فلا يلزم المضغوط، عند المالكية، وكذلك لو أوقف المبتاع شيئًا من ذلك لم يلزم المضغوط[٦] ويقول بهذا الحنفية فيما لو تصرف المشتري تصرفًا يلحقه الفسخ، كالبيع والإجارة ونحوها، فإنه ينفسخ، ولم ينقطع حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي بعد الشراء الأول[٧].

---

(١) سنن أبي داود ٣/٢٥٥ من حديث علي، رضي الله عنه، (باب في بيع المضطر).

(٢) سنن البيهقي الكبرى ٦/١٨ (باب ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره).

(٣) الإنصاف للمرداوي ٤/٢٦٦.

(٤) مواهب الجليل ٤/٢٥٠.

(٥) انظر: منح الجليل لعليش ٤/٤٤١.

(٦) انظر: مواهب الجليل ٤/٢٥٠.

(٧) انظر: الجوهرة النيرة ٢/٢٥٤.

٥- بيع التلجئة باطل، وهو أن يخاف الرجل ظالمـاً يأخذ ماله، أو نحو ذلك، كأن يخاف ضياع المال، أو نَهْبَه، فيُواطئ رجلا يُظهِر له أنه يبيعه إياه؛ ليحتمي بذلك، ولا يريد العاقدان بيعًا حقيقيًّا؛ لأنهما ما قصداه، فهو كبيع المكرَه وإن لم يقولا في العقد: (تبايَعْنا هذا تلجئة)؛ لدلالة الحال عليه[١].

٦- يُكره الشراء من بائعٍ مضطر، على الصحيح من مذهب الحنابلة، وكذا عند الشافعية؛ لبيعه متاعه بدون ثمن المثل[٢].

٧- لو باع الوالدان أو أحدهما شيئًا من متاعهما ليخلصا ولدهما من العذاب، فإن هذا يعتبر اضطرارًا وضغطًا[٣]؛ فيجري عليه حكم الضابط.

٨- من يضطر إلى البيع بسبب دينٍ ركِبَه أو فقر أصابه، يُستحبّ أن يُعان بهبة، أو قرض، أو استمهال ربّ الدَّين، ولا يُحوَج إلى البيع بترك معونته والتصدق عليه[٤]؛ لأنه في حكم بيع المضطر المضغوط.

٩- مما يدخل تحت صور بيع المضطر عند الإمام أحمد - في بعض الروايات - ما يلي:

- (مسألة التورُّق): فقد اعتبرها الإمام أحمد - في رواية أبي داود - من العِينة، وأطلق عليها اسمها، وعَلَّل الكراهة بأنه بيع مضطر[٥]، قال

---

(١) الكافي لابن قدامة ٤٢/٢، كشاف القناع للبهوتي ١٤٩/٣.

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ٢٦٥/٤، ٣٣٨/٤، أسنى المطالب ٤٢/٢.

(٣) انظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني شرح رسالة القيرواني ١٧٨/٢، مواهب الجليل ٢٥٠/٤.

(٤) معرفة السنن والآثار للبيهقي ٤٠٢/٤، أسنى المطالب ٤٢/٢.

(٥) حاشية ابن القيم على سنن أبي داود ٢٤٩/٩- ٢٥٠.

ابن القيم: «فأحمد، رحمه الله تعالى، أشار إلى أن العِينة إنما تقع من رجل مضطر إلى نقد؛ لأن الموسِر يضن عليه بالقرض، فيُضطر إلى أن يشتري منه سلعة ثم يبيعها، فإن اشتراها منه بائعها كانت عينة، وإن باعها من غيره فهي التورق، ومقصوده في الموضعين الثمن، فقد حصل في ذمته ثمن مؤجل مقابل ثمن حال أنقص منه، ولا معنى للربا إلا هذا»[١].

- من لا يتاجر إلا بالنسيئة: قال ابن القيم: نص أحمد على كراهة ذلك فقال: العينة أن يكون عنده المتاع فلا يبيعه إلا بنسيئة، فإن باع بنسيئة ونقد فلا بأس، وقال أيضًا: أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة، فلا يبيع بنقد، قال ابن القيم: «وعلله شيخنا ابن تيمية، رضي الله عنه، بأنه يدخل في بيع المضطر، فإن غالب من يشتري بنسيئة إنما يكون لتعذر النقد عليه، فإذا كان الرجل لا يبيع إلا بنسيئة، كان ربحه على أهل الضرورة والحاجة، وإذا باع بنقد ونسيئة كان تاجرًا من التجار»[٢].

١٠- إذا أُكره العاقد على الخروج من مجلس البيع مُكرَهًا بغير حق، فخرج، لم ينقطع خياره ولو لم يُسَد فمُه؛ لأن فعلَ المُكرَه كـ(لا فعل)[٣].

(١) حاشية ابن القيم على سنن أبي داود ٩/٢٤٩- ٢٥٠.
(٢) حاشية ابن القيم على سنن أبي داود ٩/٢٥٠.
(٣) أسنى المطالب ٢/٥٠.

استثناءات من الضابط :

من يُكرَه على البيع بحق، فبيعه صحيح نافذ؛ «إقامةً لرضا الشرع مقام رضاه»[١]، مثل:

- محتكر، يُكرهه الحاكم على بيع غلته زمن الغلاء.
- مَدِين ممتنع من أداء ما عليه، يُكرهه الحاكم على بيع عقاره.
- من له دار تلاصق الجامع أو الطريق، فيُجبَر على بيعها إذا احتيج إلى توسعتهما[٢]. (وهذه الصور هي من قبيل ما يسمى بنزع الملكية الجبري، في العرف المعاصر)[٣].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

---

(١) مغني المحتاج ٢/٨.

(٢) انظر: مطالب أولي النهى ٣/١٠، مواهب الجليل ٤/٢٥٢، مغني المحتاج ٢/٨، مجمع الأنهر ٤/٣٩، التاج المذهب ٢/٣٠٨، الروضة البهية ٣/٢٢٧- ٢٢٨.

(٣) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/٤٣١، الموسوعة الكويتية ٣٩/٤٥- ٤٦.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣١١

نص الضابط: بَيْعُ المَعْدُومِ بَاطِلٌ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا يجوز بيع المعدوم[(٢)].

٢- بيع المعدوم لا يصح[(٣)].

٣- المبيع لا يصح معدومًا[(٤)].

٤- لا ينعقد بيع المعدوم[(٥)].

٥- البيع إنما ينعقد على ما هو موجود[(٦)].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٨٣/٥، رد المحتار لابن عابدين ٥/٦، غمز عيون البصائر للحموي ٢٨٥/٢، المجموع للنووي ٣١٠/٩، درر الحكام لعلي حيدر ١٨١/١ (المادة ٢٠٥).

(٢) المهذب للشيرازي، مطبوع مع المجموع للنووي ٣١٠/٩.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٢٧٩/٥.

(٤) السيل الجرار للشوكاني ١٢/٣.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٨/٥.

(٦) الذخيرة لابن مازه ٩٣/٥.

صيغ ذات علاقة :

١- ثبوت الملك في المعدوم محال[١]. (أعم).

٢- تمليك المعدوم لا يصح[٢]. (أعم).

٣- شراء المعدوم باطل[٣]. (تكامل).

٤- تعيين المعدوم محال[٤]. (معللة).

٥- المعدوم قد يعتبر موجودًا حكما[٥]. (استثناء عام).

٦- قد يجوز بيع المعدوم للحاجة[٦]. (استثناء).

شرح الضابط :

(المعدوم) لغة: المفقود[٧]، والمعدوم في الاصطلاح قد يكون معدومًا حقيقة، وهو ما لا وجود له وقت العقد، كالثمرة التي لم تخلق، وقد يكون معدومًا عُرفًا، وهو المتصل اتصالا خَلقيًّا بغيره، كبيع اللبن وهو في الضرع، فإنه لا يُعلم هل انتفاخ الضرع لوجود لبن فيه، أو ريح أو دم؟ لا سيما وأن اللبن يحصل في الضرع شيئًا فشيئًا، ومنه أيضًا صوف الشاة وهي حية؛ لأنه قائم بها كسائر أطرافها بمنزلة الوصف، لا سيما وأن الصوف يتزايد أيضًا، وذلك يوجب اختلاط المبيع بغيره، ومنه أيضًا الزيت في زيتونه، وعصير العنب في حبه قبل

---

(١) رمز الحقائق للعيني ١٤٨/٢، وبلفظ آخر: «تمليك المعدوم ممتنع» نهاية المحتاج للرملي ٤٣/٦.

(٢) الفروق للكرابيسي ٣١٤/٢.

(٣) المبسوط ١١٥/٢٣.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢٦٢/٢.

(٥) البناية للعيني ٤٧٨/٧، وانظر قاعدة: «يعطى المعدوم حكم الموجود، ويعطى الموجود حكم المعدوم» في قسم القواعد الفقهية.

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي ٥٢٧/٤.

(٧) انظر: لسان العرب لابن منظور، المصباح المنير.

استخراجهما، فهذه الأشياء بالنظر إليها مستقلة عن أصولها تعد معدومة حكمًا[١]، ويُلحق بالمعدوم ما له خطر العدم (أي احتمال عدم الوجود)، كالحمل في بطن الشاة، فإنه قد يكون حملا حقيقيًا، وقد يكون انتفاخًا[٢].

وهذا الضابط يفيد بصيَغه المتنوعة أن عقد البيع إذا وقع على شيء لا وجود له حين العقد حقيقة أو عرفًا، كبيع الثمار التي لم تخلق، وكبيع ما هو متصل بغيره اتصالا خَلقيًّا بيعًا مستقلا، فالعقد يكون باعتبار الأصل باطلا لا يوجب حكمًا، ولا يرتب أثرًا؛ لأن الشرط في المبيع وجوده، وإمكان تسليمه وقبضه، والمعدوم لا يمكن فيه ذلك كله[٣].

وهذا الضابط معتمد لدى فقهاء المذاهب المختلفة، وصرحوا به في غير موضوع، وهو مرعي عندهم فيما أوردوه من تطبيقات، وهو مطرد في فروعه وجزئياته، مالم يخرج منها عن مقتضاه بمسوغ شرعي كنص الشارع، أو موضع الضرورة والحاجة، كما في العقد على المنافع المعدومة في الإجارة، وكالعقد على المعدوم في السلم والاستصناع ونحو ذلك مما هو موضح في مستثنيات الضابط، والحكمة من هذا: تسهيل الأمر ودفع الحرج؛ لما هو ثابت في الشرع من أن المشقة تجلب التيسير، وما ورد من اختلاف لدى الفقهاء في هذا الشأن فمجاله تلك الفروع والجزئيات ما بين مجيز ومانع، وما بين مضيق وموسع[٤].

---

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/ ١٨١ (المادة ٢٠٥).

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٥/ ٥٨، البحر الرائق لابن نجيم ٥/ ٢٧٩.

(٣) انظر: البحر الرائق ٥/ ٢٧٩، درر الحكام لعلي حيدر ١/ ١٧٦، ١٨١.

(٤) مع مزيد من التفاصيل انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/ ١٢٤، فتح القدير لابن الهمام ٧/ ١١٥، بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٣٨، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/ ١٠٦، رد المحتار ٤/ ٥٥٦، حاشية الصاوي ٣/ ٢٢ وما بعدها، المجموع للنووي ٩/ ٣١٠، شرح النيل لأطفيش ٨/ ٩٤، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/ ٣٨٤، المحلى لابن حزم ٧/ ٢٩٤، شرائع الإسلام للحلي ٢/ ٤٦.

أدلة الضابط :

١- عن أبي هريرة، رضي الله عنه: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر[١]. والغرر ما انطوى عن الإنسان أمره، وخفي عليه عاقبته، وبيع المعدوم متحقق فيه ذلك، فهو منهي عنه، وهو باطل[٢].

٢- عن جابر رضي الله عنه: أن النبي ﷺ نهى عن المعاومة[٣]، و(المعاومة): بيع تمر نخلة سنين معلومة، وهي بيع معدوم[٤].

٣- عن عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حَبَل الحبَلة، وكان بيعًا يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج التي في بطنها[٥]، فنتاج النتاج معدوم، وبيعه باطل.

٤- عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح[٦].

و(المضامين): ما في أصلاب الإبل من المني، و(الملاقيح): ما في بطن الناقة من الجنين، والمضامين والملاقيح في حكم المعدوم؛ لأنه لا يُتيقن وجودها[٧].

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ١١٥٣/٣(١٥١٣).

(٢) المهذب للشيرازي، مطبوع مع المجموع للنووي ٣١٠/٩.

(٣) رواه أبوداود ٢٥٤/٤ (٣٣٧٥).

(٤) المهذب للشيرازي، مطبوع مع المجموع للنووي ٣١٠/٩، البحر الزخار ٢٩٦/٤.

(٥) رواه البخاري ٧٠/٣ (٢١٤٣)، ٨٧ (٢٢٥٦)، ٤٣/٥ (٣٨٤٣)، ومسلم ١١٥٣/٣ (١٥١٤).

(٦) رواه البزار: البحر الزخار ١٠٩/١١ (٤٨٢٨)، والطبراني في الكبير ٢٣٠/١١ (١١٥٨١) عن ابن عباس، رضي الله عنهما، قال الهيثمي في المجمع ١٠٤/٤: فيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة وثقه أحمد وضعفه جمهور الأئمة.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ١٣٨/٥، البحر الرائق ٢٧٩/٥، رد المحتار ٥٣/٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٤٩، البحر الزخار ٣٨٤/٤، التاج المذهب للصنعاني ٣٤١/٢.

٥- عن ابن عباس، رضي الله عنهما، أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها، أو يباع صوف على ظهر، أو سمن في لبن، أو لبن في ضرع»[١]، فكل ذلك مجهول، وهو في حكم المعدوم.

٦- عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: سألت النبي ﷺ، فقلت يا رسول الله: يأتيني الرجل فيسألني البيع ليس عندي، أبيعه منه، ثم أبتاعه له من السوق، قال ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»[٢]، وبيع ما ليس عند الإنسان هو بيع معدوم، وهو منهي عنه، فهو باطل.

٧- نقل ابن المنذر وغيره إجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة سنتين ونحو ذلك[٣].

تطبيقات الضابط :

١- لا يجوز بيع الثمار والخُضَر قبل استكمال ظهورها، وهو بيع باطل[٤].

٢- لا يجوز بيع ما أصله غائب، كجزر وفجل ولفت في بطن الأرض، مما لا يُعلم وجوده، فإذا نبت وعُلم وجوده في الأرض فبيعه صحيح[٥].

---

(١) رواه الدارقطني في سننه ٣/٤٠٠-٤٠٢(٢٨٣٥-٢٨٣٨)، والطبراني في الكبير ١١/٣٣٨(١١٩٣٥)، والأوسط ٤/١٠١ (٣٧٠٨)، والبيهقي – واللفظ له في السنن الكبرى ٥/٥٥٥ (١٠٨٥٧)، وقال عقبه: تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي، وقد أرسله عنه وكيع، ورواه غيره موقوفًا. اهـ.

(٢) رواه أحمد ٢٤/٣١ (١٥٣١٥)، وأبو داود ٤/١٨١-١٨٢ (٣٤٩٧)، والترمذي ٣/٥٣٤-٥٣٧ (١٢٣٢) (١٢٣٣)، والنسائي ٧/٢٨٩ (٤٦١٣)، وابن ماجه ٢/٧٣٧ (٢١٨٧) من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٣) المجموع للنووي ٩/٣١٠.

(٤) انظر: البحر الرائق ٥/٢٧٩، درر الحكام لعلي حيدر ١/١٨١ (المادة ٢٠٥)، المهذب للشيرازي، مطبوع مع المجموع للنووي ٩/٣١٠، شرائع الإسلام ٢/٤٦.

(٥) انظر: رد المحتار ٥/٥٢، درر الحكام لعلي حيدر ١/١٨١ (المادة ٢٠٥) التاج المذهب للصنعاني ٢/٣٤٤.

٣- لا يجوز بيع الدقيق في الحنطة، ولا الزيت في الزيتون؛ لأن ذلك بيع للمعدوم؛ لأنه لا دقيق في الحنطة، ولا زيت في الزيتون، ولا يجوز كذلك بيع اللحم في الشاة الحية؛ لأنها إنما تصير لحمًا بالذبح(١).

٤- لا يجوز بيع نتاج الدابة، وهو ما يسمى بـ(حبل الحبلة)؛ لأن المعقود عليه معدوم حين العقد(٢).

٥- لا يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف، وكذا كل ما اتصاله خَلقي؛ لأنه معدوم عرفًا(٣).

٦- لا يجوز بيع النفط وهو في باطن الأرض؛ بناءً على ظن وجوده، ويبقى في حكم المعدوم إلى أن يُستخرج.

استثناءات من الضابط:

يستثنى من عدم جواز بيع المعدوم ما يلي:

١- إذا كان البيع على سبيل السَلَم فهو جائز، وإن كان القياس يأبى جوازه؛ لأنه بيع للمعدوم، ولكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة.

أما من الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، قال ابن عباس: أشهد أن السلم المؤجل في كتاب الله تعالى أُنزل فيه أطول آية، وتلا هذه الآية(٤).

(١) انظر: البحر الرائق ٥/٢٧٩، بدائع الصنائع ٥/١٣٩.

(٢) انظر: المبسوط ١٢/١٩٥، بدائع الصنائع ٥/١٣٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٤٩، طلبة الطلبة للنسفي ص ١١٠، شرح النيل ٨/١٠٠.

(٣) انظر: رد المحتار ٥/٦٣.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/٦٦٠.

وأما من السنة فلحديث عائشة، رضي الله عنها: أن النبي ﷺ اشترى طعامًا من يهودي إلى أجل ورهنه درعًا من حديد»[١]؛ فدل على جواز السلم فيما ليس موجودًا وقت العقد إذا انعقدت شرائطه[٢].

٢- إذا وقع البيع على سبيل الاستصناع وروعيت شرائطه، فالبيع صحيح[٣].

٣- الإجارة تجوز على خلاف القياس؛ لأن المعقود عليه فيها، وهو المنافع معدوم، والقياس بطلانها[٤].

براء الإدلبي

* * *

(١) أخرجه البخاري في مواضع منها ٣/٥٦ (٢٠٦٨)، ومسلم ٣/١٢٢٦ (١٦٠٣)/(١٢٦) واللفظ له.
(٢) انظر: المبسوط ١٢/١٢٤، نصب الراية ٤/٥٢٧.
(٣) انظر: فتح القدير ٦/٤٥٢، درر الحكام لعلي حيدر ١/١٨١ (المادة ٢٠٥).
(٤) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ١/٢٩٣.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣١٢

نص الضابط: لا يَصِحُّ بَيعُ مَا لَيسَ عِنْدَ بَائِعِهِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- بيع الإنسان ما ليس عنده لا يجوز[٢].

٢- ليس على رجل بيع فيما لا يملك[٣].

٣- بيع ما ليس عند البائع في الحال منهي عنه[٤].

٤- بيع ما ليس عند الرجل على وجه البيع لا يجوز[٥].

٥- بيع ما لم يكن في ملك الإنسان، ولا داخلا تحت مقدرته حرام[٦].

٦- بيع ما ليس عندك من الأعيان محظور[٧].

٧- لا يحل لأحد بيع ما ليس عنده[٨].

---

(١) منع الجليل لعليش ١٠٢/٥.

(٢) مرقاة المفاتيح ٣٢٣/٣، شرح السنة ١٤٠/٨، المنتقى للباجي ٢٨٦/٤.

(٣) سنن النسائي (المجتبى) ٢٨٩/٧.

(٤) معالم السنن ١٤٣/٥، فتح الباري ٣٤٩/٤.

(٥) المنتقى للباجي ٢٨٦/٤.

(٦) نيل الأوطار ١٥٥/٥.

(٧) التهذيب لابن القيم ١٥٨/٥، تفسير آيات أشكلت لابن تيمية ٦٩٠/٢.

(٨) المحلى ٥٢٠/٨، نيل الأوطار ١٥٥/٥، تفسيرات آيات أشكلت ٦٨٩/٢، مختصر سنن أبي داود للمنذري ١٤٤/٥، حاشية السندي على المجتبى ٢٨٩/٧.

صيغ ذات علاقة :

١- بيع الإنسان ما ليس في ملكه حال العقد من الأعيان فاسد[١]. (أخص).

٢- بيع مال الغير بغير إذنه لا يصح[٢]. (أخص).

٣- بيع المبيع قبل القبض فاسد[٣]. (أخص).

شرح الضابط :

لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز بيع المرء ما ليس عنده، وأنه عقد فاسد؛ وذلك لصحة نهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده، والنهي ها هنا يقتضي الفساد، غير أنهم اختلفوا في تفسير محل النهي، وما يتناوله من المعاني.

فذهب جمهور أهل العلم إلى أنَّ معنى النهي في الحديث حَظْر بيع الإنسان ما ليس في ملكه حال العقد من الأعيان، إذا لم يكن له ولاية على بيعه[٤]، قال ابن المنذر: «أي أن أبيع ما ليس عندي مما مِلكه لغيري، على أنَّ عليَّ خلاصه»[٥]، وقال ابن تيمية: «أي لا تبع ما لا تملكه من الأعيان»[٦]، وقال البغوي: «هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات»[٧].

---

(١) مرقاة المفاتيح ٣/٣٢٣.

(٢) شرح السنة ٨/١٤١، وانظر قاعدة: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه» في قسم القواعد الفقهية.

(٣) شرح السنة ٨/١٤١.

(٤) الرسالة للشافعي ص ٣٤٠، المحلى لابن حزم ٨/٥١٩، نيل الأوطار ٥/١٥٥، مرقاة المفاتيح ٣/٣٢٣، التهذيب لابن القيم ٥/١٥٨.

(٥) الإشراف على مذاهب العلماء ٦/٢٤.

(٦) تفسير آيات أشكلت ٢/٦٩٠.

(٧) شرح السنة ٨/١٤١.

وقد حكى ابن تيمية هذا القول في شرحه لحديث حكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» ثم قال: «وقال آخرون: هذا ضعيف جدًّا، فإنَّ حكيم بن حزام ما كان يبيع شيئًا معينًا هو ملك لغيره، ثم ينطلق فيشتريه منه، ولا كان الذين يأتونه يقولون: نطلب عبد فلان، أو دار فلان، وإنما الذي يفعله الناس أن يأتيه الطالب فيقول: أريد طعامًا كذا وكذا، أو ثوبًا كذا وكذا، وغير ذلك، فيقول: نعم، أعطيك، فيبيعه منه، ثم يذهب فيحصله من عند غيره إذا لم يكن عنده.

هذا هو الذي يفعله مَن يفعله من الناس؛ ولهذا قال: «يأتيني فيطلب مني البيع ليس عندي»، ولم يقل: يطلب مني ما هو مملوك لغيري.

فالطالب طلب الجنس، لم يطلب شيئًا معينًا، كما جرت عادة الطالب لما يُؤكل ويُلبس ويُركب، إنما يطلب جنس ذلك، ليس له غرض في ملك شيء بعينه دون ما سواه مما هو مثله أو خير منه[١].

كما ذهب جمهور الفقهاء أيضًا إلى أنَّ معناه: بيع ما ليس في يد مالكه، ولا يقدر على تسليمه من الأعيان.

قال الشوكاني: «بيع ما ليس عندك: أي ما ليس في ملكك أو قدرتك، والظاهر أنه يَصْدُق على الطير المنفلت الذي لا يُعتاد رجوعه»[٢]، قال ابن تيمية: «وذلك أنَّ البعير أو الفرس إذا شرد، فإنَّ صاحبه إذا باعه، فإنما يبيعه مخاطرة، فيشتريه المشتري بدون ثمنه بكثير فإنْ حصل له، قال البائع: قَمَرْتني، وأخذت مالي بثمن قليل، وإنْ لم يحصل، قال المشتري: قَمَرْتني، وأخذت الثمن مني بلا عوض، فيفضي إلى مفسدة الميسر، التي هي إيقاع العداوة والبغضاء، مع ما فيه من أكل المال بالباطل»[٣].

---

(١) تفسير آيات أشكلت ٢/٦٩٠، ٦٩١.

(٢) نيل الأوطار ٥/١٥٥.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٢٢- ٢٣، القواعد النورانية الفقهية ص ١١٦، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/١٦.

وقال ابن تيمية: إنَّ أظهر الأقوال: أنه إنما أريد به أن يبيع في ا لذمة ما ليس مملوكًا له، ولا يقدر على تسليمه، ويربح فيه قبل أن يملكه ويقدر على تسليمه ويضمنه[١].

وقيل غير ذلك.

فتبين من تلك الأقوال كلها أن علة تحريم بيع ما ليس عند المرء هي الغرر والجهالة والمخاطرة (القمار)، قال الشافعي «وبيع ما ليس عندك من بيوع الغرر»[٢].

ثم محل اعتبار النهي عن بيع ما ليس عندك هو وجود الاختيار من المتعاقدين، أما الإكراه فله حكمه؛ ولهذا قال الباجي: «وإنما يراعى بيع ما ليس عنده في العقد الموقوف على اختيار المتعاقدين»[٣].

أدلة الضابط:

١- عن حكيم بن حزام - رضي الله عنه - قال: قلت يا رسول الله، يأتيني الرجل فيسألني البيع[٤]، ليس عندي، فأبيعه منه، ثم ابتاعه له من السوق، فقال النبي ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»[٥]، قال الشوكاني: «وظاهر النهي تحريم بيع ما لم يكن في مِلك الإنسان، ولا داخلا تحت مقدرته»[٦]، وقال ابن حزم «فهذا عموم لكل بيع ولكل ابتياع،

---

(١) تفسير آيات أشكلت لابن تيمية ٢/٦٩١.

(٢) الأم ٨/١٨٥.

(٣) المنتقى ٦/٢٠٤.

(٤) قال السندي: «هو بمعنى المبيع» حاشية السندي على المجتبى ٧/٢٩٨.

(٥) رواه أحمد ٢٤/٣١ (١٥٣١٥)، وأبو داود ٤/١٨١-١٨٢ (٣٤٩٧)، والترمذي ٣/٥٣٤-٥٣٧ (١٢٣٢) (١٢٣٣)، والنسائي ٧/٢٨٩ (٤٦١٣)، وابن ماجه ٢/٧٣٧ (٢١٨٧) من حديث حكيم بن حزام، رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٦) نيل الأوطار ٥/١٥٥.

وتخصيص لهما مما ليس بيعًا ولا ابتياعًا، وجواب منه عليه السلام؛ إذ سئل عما يحل مما يحرم[١].

٢- عن عبد الله بن عمر بن العاص - رضي الله عنهما - قال: «نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يُضْمن»[٢].

٣- ما روي أنَّ رجلا أراد أن يبتاع طعامًا من رجلٍ إلى أجل، فذهب به الرجل الذي يريد أن يبيعه الطعام إلى السوق، فجعل يُريه الصُّبر، ويقول له: مِن أيِّها تحب أن أبتاع لك؟ فقال له المبتاع: أتبيعني ما ليس عندك؟ فأتيا عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما، فذكرا ذلك له، فقال عبد الله بن عمر للمبتاع: «لا تبتع منه ما ليس عنده» وقال للبائع: «لا تبع ما ليس عندك»[٣].

٤- ولأنه من بيع الغَرَر، وهو منهي عنه[٤] قال الباجي: «فلم يصح لما فيه من الغَرَر؛ لأنه قد لا يمكنه تخليصه، وإذا لم يقدر على تخليصه، لم يمكنه تسليمه، وما لا يمكن تسليمه لا يصح بيعه»[٥]، وقال ابن القيم: «لأنه إذا باع ما ليس عنده، فليس هو على ثقة من حصوله، بل قد يحصل وقد لا يحصل، فيكون غَرَرًا، كبيع الآبق، والشارد، والطير في الهواء، وما تحمل ناقته، ونحوه»[٦].

---

(١) المحلى ٧/٤٧٤.

(٢) صححه ابن حزم وابن العربي وقال الترمذي: حديث حسن انظر: المحلى ٨/٥٢٠، عارضة الأحـوذي ٥/٢٤١، نيل الأوطـار ٥/١٥٥، مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/١٤٤، المجتبى ٧/٢٨٨، سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧.

(٣) رواه مالك في الموطأ بلاغًا ٢/٣٣٤ (٢٥٦٤) وانظر: المنتقى ٤/٢٨٦.

(٤) معالم السنن ٥/١٤٣، فتح الباري ٤/٣٤٩، الإشراف لابن المنذر ٦/٢٤.

(٥) المنتقى ٤/٢٨٦.

(٦) تهذيب مختصر سنن أبي داود ٥/١٥٦.

٥- ولأنه من جنس القمار، قال ابن تيمية وابن القيم: «وبيع ما ليس عنده من قسم القمار والميسر؛ لأنه قصد أن يربح على هذا لما باعه ما ليس عنده، والمشتري لا يعلم أنه يبيعه، ثم يشتري من غيره، وأكثر الناس لو علموا ذلك لم يشتروا منه، بل يذهبون ويشترون من حيث اشترى هو، وإنْ قُدِّر أنَّ منهم مَن يعلم ويشتري، كما لو كانت عنده، لكونه يشتريها من مكان بعيد، أو يشتري جملة، ونحو ذلك مما قد يتعَسَّرُ على المشتري فعله، فإنما يفعل ذلك إذا ظنَّ أن هذا الربح هو نفس الربح لو كانت عنده، فلو قُدِّر أن السلعة رخيصة، أرخص من العادة، وأنَّ هذا قد ربح ما لا يصلح في مثلها ندم، فهو يشتمل كثيراً على ندم هذا وندم هذا، كما يشتمل على مثل ذلك سائر أنواع الغَرَر، وليست هذه المخاطرة مخاطرة التجار، بل مخاطرة المستعجل بالبيع قبل القدرة على التسليم، كبيع الثمار قبل بدو صلاحها، وبيع حَبَل الحبلة، وبيع الملاقيح والمضامين، وبيع العبد الآبق والبعير الشارد، ونحو ذلك، فإذا اشترى التاجر السلعة، وصارت عنده ملكًا وقبضًا؛ فحينئذ دخل في خطر التجارة، وباع بيع التجارة كما أحلَّه الله تعالى بقوله: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]»[1].

٦- ولأن «بيع ما ليس عنده إنما نُهي عنه لكونه غير مضمون عليه، وثابت في ذمته، ولا في يده فالمبيع لابد أن يكون ثابتًا في ذمة البائع أو في يده، وبيع ما ليس عنده ليس بواحد منهما»[2].

---

(١) تفسير آيات أشكلت ٢/٧٠١- ٧٠٢، زاد المعاد ٥/٨١٦.

(٢) التهذيب لابن القيم ٥/١٥٨.

تطبيقات الضابط :

١- لو ادعى شخص داراً في يد رجل، فصالحه منها على مبلغ من المال (من أي عملة)، أو على شيء من الحيوان أو غير ذلك، شريطة أن يزيده الآخر كمية من الحنطة مؤجلة وليس عنده طعام، فإنه لا يجوز ذلك؛ لأن ما يقع عليه الصلح مبيع، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز[١].

٢- بيع غير المقدور على تسليمه كالطير المنفلت، والبعير الشارد وغير ذلك لا يجوز؛ لأنه من بيع ما ليس عندك[٢].

٣- لو قال شخص لآخر: اشترِ - أو اشترِ لي- هذه السلعة إلى أجل بسعر خمسة عشر، وأنا أبتاعها منك بعشرة نقداً (حالا)، فقد روي عن مالك أنه لا يعجبه ذلك، وكرهه، ووجه ذلك: أن هذا اللفظ يحتمل أن يستعمل في بيع ما ليس عنده، وأن المبتاع الآخر أقرض الأول عشرة ليدفعها عنه عند الأجل إلى بائع السلعة، ويزيد من عنده خمسة[٣].

٤- لا يجوز بيع الشفيع للشقص قبل أخذه إياه بشفعته؛ لأنه من بيع ما ليس عندك[٤].

٥- باعتبار أن الإقالة بيع، فلا تجوز الإقالة في السَّلَم؛ لأنها تكون من باب بيع ما ليس عندك[٥].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٠/١٦٢.
(٢) شرح السنة ٨/١٤١، وانظر: مرقاة المفاتيح ٣/٣٢٣.
(٣) انظر: المنتقى للباجي ٥/٧٢.
(٤) انظر: التاج والإكليل للمواق ٧/٣٧٨، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٥٣.
(٥) انظر: المحلى لابن حزم ٧/٤٨٦.

من التطبيقات المعاصرة :

٦- يشترط شرعًا في صحة (منظومة المرابحة للآمر بالشراء)، التي تجريها المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة - أن تكون السلعة محل العقد قد دخلت في ملك المصرف وضمانه بالقبض الحقيقي أو الحكمي قبل بيعها من العميل؛ احترازًا من أن يبيع المصرف ما ليس عنده[(١)].

٧- عمليات البيع والشراء في السوق المالية العالمية، إذا جرت على سلع أو بضائع معينة قبل أن يتملكها البائع وتدخل في ضمانه بالقبض الحقيقي أو الحكمي، فإنها تعتبر غير جائزة شرعًا؛ لاندراجها تحت (بيع ما ليس عندك)، المحظور بنص الحديث الثابت وإجماع الفقهاء.

استثناءات من الضابط :

١- بيع السَّلَم: وذلك باتفاق أهل العلم، مع كونه بيعًا لما ليس عند المرء[(٢)]، قال الخطابي: «قوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»، يريد بيع العين دون بيع الصفة، ألا ترى أنه أجاز السَّلَمَ على الآجال، وهو بيع ما ليس عند البائع في المال»[(٣)]، وقال البغوي في شرح الحديث: «هذا في بيوع الأعيان دون الصفات؛ فلذا قيل: السَّلَم في شيء

---

(١) وقد صدر في ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٤٠٤١ (٢/٥، ٣/٥) ونصه: «أولا: إن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعًا، هو بيع جائز، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط، البيع وانتفت موانعه».

(٢) قال الشوكاني: «وظاهر النهي تحريمُ ما لم يكن في ملك الإنسان ولا داخلا تحت مقدرته وقد استثنى من ذلك السَّلم، فتكون أدلة جوازه مخصصة لهذا العموم» نيل الأوطار ١٥٥/٥، وانظر: حاشية السندي على المجتبى ٢٨٩/٧.

(٣) معالم السنن ١٤٣/٥.

موصوف عام الوجود عند المحل المشروط يجوز، وإن لم يكن في ملكه حال العقد»[١].

وقال الإمام الشافعي في (الرسالة): «نهي النبي ﷺ أن يبيع المرء ما ليس عنده يحتمل ما ليس يملكه بعينه، فلا يكون موصوفًا مضمونًا على البائع يؤخذ به، ولا في ملكه فيلزَ أن يسلِّمه إليه بعينه، فلما أمر رسول الله ﷺ مَن سلَّفَ أن يُسَلِّف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم[٢]، دخل هذا بيع ما ليس عند المرء حاضرًا، ولا مملوكًا حين باعه، ولما كان هذا مضمونًا على البائع بصفة يؤخذ بها عند محل الأجل؛ دلَّ على أنه إنما نهى عن بيع عين الشيء ليس في ملك البائع»[٣].

٢- بيع الفضولي: حيث ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعي في القديم، والإمام أحمد في قول له، وإسحاق، إلى أنَّ بيع الفضولي ينعقد موقوفًا على إجازة المالك - أو من يقوم مقامه - مع كونه بيعًا لما ليس تحت ملك البائع أو ولايته، فإنْ أجازه نفذ، وإن ردَّه بطل[٤].

٣- بيع المغصوب منه العين المغصوبة ممن يقدر على انتزاعها من الغاصب: حيث ذهب الحنابلة إلى جواز هذا البيع، قال ابن القيم: «فإن قيل: فأنتم تجوّزون للمغصوب منه أن يبيع المغصوب لمن يقدر

---

(١) شرح السنة ١٤١/٨.

(٢) رواه البخاري ٨٥/٣ (٢٢٣٩) وفي مواضع، ومسلم ١٢٢٦/٣-١٢٢٧ (١٦٠٤) من حديث ابن عباس، رضي الله عنهما.

(٣) الرسالة ص ٣٤٠.

(٤) خلافًا للحنابلة والشافعية والظاهرية الذين ذهبوا إلى أنه باطل تبيين الحقائق ١٠٣/٤، المبسوط ١٥٣/١٣، البحر الرائق ١٦٠/٦، البهجة ٦٨/٢، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٢/٣، الفروق للقرافي ٢٤٣/٣، المبدع ١٦/٤، كشاف القناع ١٤٧/٣، المحلى ٤٣٤/٨، المجموع للنووي ٢٥٨/٩، مغني المحتاج ١٥/٢، نهاية المحتاج ٤٠٣/٣، شرح السنة ١٤١/٨.

على انتزاعه من غاصبه، وهو بيع ما ليس عنده؟

قيل: لما كان البائع قادرًا على تسليمه بالبيع، والمشتري قادرًا على تسلُّمه من الغاصب، فكأنه قد باعه ما هو عنده، وصار كما لو باعه مالا، وهو عند المشتري وتحت يده، وليس عند البائع فالعنديَّة هنا ليست عندية الحِسِّ والمشاهدة، فإنه يجوز أن يبيعه ما ليس تحت يده ومشاهدته، وإنما هي عندية الحكم والتمكين»[1].

أ.د. نزيه حماد

* * *

---

(١) التهذيب لمختصر سنن أبي داود لابن القيم ٥/١٥٨.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣١٣

نص الضابط: بَيعُ مَا لَا يُقدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ لَا يَجُوزُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- بيع ما لا يُقدر على تسليمه باطل[٢].

٢- ما لا يُقدر على تسليمه حسًّا لا يصح بيعه[٣].

٣- كل ما لا يُقدر على تسليمه أو تمكين المشتري منه فلا يجوز بيعه له، ولا يصح[٤].

٤- الأصل في جواز البيع القدرة على التسليم[٥].

٥- ما لا يقدر البائع على تسليمه عقيب العقد بيعه فاسد[٦].

٦- العجز عن التسليم في البيع يمنع صحة العقد[٧].

٧- البيع لا يصح إلا فيما هو مقدور التسليم للعاقد[٨].

---

(١) البناية للعيني ٥/٦٧٤.
(٢) الحاوي للماوردي ٦/٢٢١.
(٣) الرتبة للماوردي ١/١٣٨.
(٤) الكليات الفقهية لابن غازي ١/٢١٤.
(٥) أصول السرخسي ٢/١٥٢.
(٦) الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٠١.
(٧) المبسوط للسرخسي ٥/٨٦.
(٨) المرجع السابق ١١/٢٢.

صيغ ذات علاقة :

القدرة على التسليم شرط في المعاوضات[(١)]. (أعم).

شرح الضابط :

المعنى الإجمالي للضابط : هو أن البائع لا يجوز له أن يبيع شيئًا لا يستطيع تسليمه للمشتري وتمكينه منه؛ لأن من شروط صحة البيع أن يكون المبيع مقدور التسليم.

فلو ملك شخص مثلا جملا، ثم شرد منه فلم يتمكن من معرفة مكانه للإتيان به، فإنه لا يجوز له أن يبيعه لآخَر.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[(٢)].

وذهب ابن حزم إلى جواز بيع الجمل الشارد، سواء عُرف مكانه أو لم يُعرف، وكذلك بيع الطير في الهواء ونحو ذلك إذا صح الملك عليه قبل ذلك[(٣)].

ثم إن فوات القدرة منه ما هو حسي، ومنه ما هو شرعي.

فمثال الحسي: السمك في الماء، والبعير الشارد، ونحو ذلك.

ومثال الشرعي بيع المرهون، والموقوف، والمغصوب، ونحو ذلك أيضًا[(٤)].

---

(١) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٩٧/١، وانظر: زواهر الجواهر للتمرتاشي الابن ١٩٧/١، تكملة البحر للطوري ٤٨/٨، ١٠٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «ما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلاً لعقود المعاوضة».

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١١٧/١١، التاج والإكليل للمواق ٧١/٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٤٩، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١١/٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١١/٢، البحر الزخار لابن المرتضى ٣١٣/٤، شرح النيل لأطفيش ٢٣٤/٨، الروضة البهية ٢٥٠/٣.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم ٢٨٦/٧.

(٤) انظر: المجموع للنووي ٣٤٤/٩، معالم القربة في معالم الحسبة لمحمد بن الأخوة القرشي ص ٥٧.

أدلة الضابط :

١- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغَرَر»[١].

وبيع ما لا يُقدر على تسليمه فيه غرر ومخاطرة، فقد لا يتمكن البائع من إحضار المبيع وتسليمه للمشتري.

٢- عن حكيم بن حزام - رضي الله عنه - أنه قال: يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق؟ فقال: «لا تبع ما ليس عندك»[٢]، وجه الاستدلال: أن غير المقدور على التسليم في معنى ما ليس عند الإنسان[٣].

٣- ولأن ما لا يُقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه، فكذا ما أشبهه[٤].

٤- ولأن العقد إنما يرد على المعقود عليه، فتشرط القدرة على تسليم المعقود عليه؛ ولهذا لا يجوز البيع إلا بعد أن يكون المبيع مملوكًا للبائع مقدور التسليم له؛ ولهذا شرطنا الأجل في السلم؛ لأن المسلم فيه معقود عليه، وهو غير مقدور التسليم في الحال؛ لأنه غير مملوك للمسلم إليه، وقدرته على التسليم لا تتحقق إلا بملكه فلا يجوز إلا مؤجلا؛ ليثبت قدرته على التسليم بالتحصيل في المدة[٥].

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ٣/١١٥٣ (١٥١٣).

(٢) رواه أحمد ٢٤/٣١ (١٥٣١٥)، وأبو داود ٤/١٨١-١٨٢ (٣٤٩٧)، والترمذي ٣/٥٣٤-٥٣٧ (١٢٣٢) (١٢٣٣)، والنسائي ٧/٢٨٩ (٤٦١٣)، وابن ماجه ٢/٧٣٧ (٢١٨٧) من حديث حكيم بن حزام، رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٣) انظر: المهذب للشيرازي ٩/٣١٢.

(٤) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٨/٤٥٤.

(٥) المبسوط للسرخسي ٨/٣.

٥- إذ موجب البيع تسليم المبيع، فإذا كان البائع عاجزًا عن تسلميه فهو غرر ومخاطرة وقمار، فإنه لا يباع إلا بوكس، فإن أمكن المشتري تسلمه كان قد قمر البائع، وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع[١].

٦- ولأن القصد بالبيع تمليك التصرف، وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه[٢].

٧- وللقاعدة الأصولية وهي أن: «ما كان وجوده شرطًا كان عدمه مانعًا»، ووجهها أن الشرط في البيع هو القدرة على التسليم؛ فكان العجز عن التسليم مانعًا من صحة البيع[٣].

تطبيقات الضابط:

١- لا يصح بيع الطيور المملوكة إذا طارت في الهواء، إلا أن تقضي العادة بعَودها فيصح[٤]؛ لأن الطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه، ولا يستقل مالكه برده، فيكون عاجزًا عن تسليمه؛ لعجزه عن الواسطة التي يحصل بها تسليمه[٥].

٢- لا يجوز بيع السمك المملوك إذا وقع في البحر؛ لعدم القدرة على تسليمه[٦].

---

(١) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٢/٧.
(٢) المهذب للشيرازي ٩/٣٤٣.
(٣) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٢/٣٦٠.
(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٢٩٤، الروضة البهية للجبعي ٢/٢٥٩.
(٥) المغني لابن قدامة ٤/١٤٢.
(٦) انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٦/٢٦١، حاشية القليوبي على شرح المحلي ٢/١٥٩.

٣- لا يصح بيع الفرس الهائم على وجهه؛ لعدم القدرة على التسليم[١].

٤- لا يصح بيع الجنين في بطن الدابة؛ لعدم القدرة على التسليم[٢].

٥- لا يجوز بيع الدار أو الأرض التي تحت يد العدو؛ لتعذر التسليم للمشتري[٣].

٦- لا يجوز بيع المال المغصوب وهو في يد الغاصب؛ لأنه لا يمكن تسليمه، ولكن إن باعه لمن يقدر على تحصيله من الغاصب جاز[٤].

٧- لا يصح بيع المرهون والموقوف؛ لعدم القدرة على تسليمهما شرعًا[٥].

٨- لا يصح بيع ما في ذمة مدين لغيره؛ لأنه غير مقدور على تسليمه[٦].

٩- لو شخص بنقد قد انقطع من أيدي الناس، فالعقد باطل؛ لعدم القدرة على التسليم[٧].

١٠- قياسًا على ما سبق: فإنه لا يجوز لمن سُرقت سيارته بيعها لآخر قبل العثور عليها؛ لأنها غير مقدور على تسليمها.

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: المهذب ١/٢٦٣، المغني ٤/٢٠٠ وما بعدها، غاية المنتهى ٢/١٠.

(٢) انظر: معالم القربة لابن الأخوة ١/٥٧.

(٣) انظر: المهذب ١/٢٦٣، المغني ٤/٢٠٠ وما بعدها، غاية المنتهى ٢/١٠.

(٤) انظر: المجموع للنووي ٩/٢٨٣، مجلة الأحكام الشرعية، أحمد القاري ١/١٣٢.

(٥) انظر: الرتبة للماوردي ١/١٣٨.

(٦) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٤٣٤.

(٧) انظر: المجموع للنووي ٩/٤٠٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣١٤

نص الضابط: مَا لَيسَ بِمَضْمُونٍ لَا يُبَاحُ رِبْحُهُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا يطيب الربح لأحد إلا بتقدم ضمانه[٢].

٢- لا يطيب للمشتري ربح ما في ضمان غيره[٣].

٣- لا يجوز لأحد أخذ ربح سلعة لم يضمنها[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- لا يجوز بيع ما لم يُضمن[٥]. (تكامل).

٢- لا يحل ربح ما لم يقبض[٦]. (نظائر).

٣- لا يجوز ربح ما لم يملك[٧]. (نظائر).

---

(١) تفسير آيات أشكلت لابن تيمية ٢/٦٥٤.

(٢) انظر: شرح معاني الآثار ٤/٤٠.

(٣) انظر: شرح معاني الآثار ٤/٤٠.

(٤) انظر: نيل الأوطار ٥/٢١٣ دار الحديث.

(٥) مرقاة المفاتيح ٣/٣٢٣.

(٦) سبل السلام ٢/٣٣٤، عارضة الأحوذي ٥/٢٠٣، النهاية لابن الأثير ٢/١٨٢، معالم السنن ٥/١٤٤، شرح السنة ٨/١٤٤.

(٧) القبس لابن العربي ٢/٧٩٩، سبل السلام ٢/٣٣٤.

٤- كل ما كان يطيب الربح فيه لبائعه من المبيعات؛ فحلال له بيعه، وكل ما كان يحرم الربح فيه على بائعه منها؛ فحرام عليه بيعُه[١]. (أعم).

٥- كل ما لم يكن في ضمان المشتري فلا يجوز له بيعه بربح[٢]. (أخص).

٦- مَن حصل له ربح من وجه محظور وجب عليه أن يتصدَّق به[٣]. (أعم).

شرح الضابط :

المراد بـ(الربح) ههنا: الزيادة الحاصلة على رأس المال نتيجة تقليب المال في عمليات التبادل المختلفة وعبَّر عنه القاضي ابن العربي بقوله: «هو ما يكتسب المرء زائدًا على قيمة مُعَوَّضه»[٤].

وذكر الحافظ ابن حجر أنه يجوز أن يراد به في هذا المقام: الربح الشامل للزوائد الحاصلة من المبيع، كاللَّبَن والبيض[٥].

وقد فسر جمهور الفقهاء ربح ما لم يُضْمن بأنه: الربح الحاصل من بيع العين المشتراة قبل أن يقبضها المشتري، وتنتقل من ضمان البائع إلى ضمانه بالقبض[٦]، قال ابن الأثير: «فلا يصح البيع، ولا يحل الربح؛ لأنها في ضمان البائع الأول، وليست في ضمان الثاني، فربحها وخسارتها للأول»[٧].

---

(١) شرح معاني الآثار ٤/ ٤٠.
(٢) عارضة الأحوذي ٥/ ٢٠٤.
(٣) شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/ ٣٧٢، وهذا على قول الإمام أبي حنيفة خلافًا للصاحبين.
(٤) أحكام القرآن ١/ ٤٠٨.
(٥) مرقاة المفاتيح ٣/ ٣٢٣.
(٦) حاشية السندي على المجتبى ٧/ ٢٩٥، مرقاة المفاتيح للملا علي قاري ٣/ ٣٢٣، منح الجليل لعليش ٧/ ٣٥٥، نيل الأوطار للشوكاني ٥/ ١٨٠، التاج المذهب للعنسي ٢/ ٣٨٨، شرح النيل لأطفيش ٨/ ٥٩.
(٧) النهاية ٢/ ١٨٢.

وذهب جمع من أهل العلم إلى أنَّ المراد به: بيع ما لم يُقبض، قال البغوي: «هو أن يبيع ما اشتراه قبل أن يقبضه، فلا يصح؛ لأنه لم يدخل بالقبض في ضمانه»[١]، ذكر البغوي أيضًا أنَّ الربح في كل شيء إنما يحل للمرء لو كان الخسران عليه، فإنْ لم يكن الخسران عليه، كالمبيع قبل القبض إذا تلف، فإنَّ ضمانه على البائع، ولا يحل للمشتري أن يستردَّ بدل منافعه التي انتفع بها البائع قبل القبض؛ لأنَّ المبيع لم يدخل بالقبض في ضمان المشتري؛ فلا يحل له ربح المبيع قبل القبض[٢]، وقد عُبر عنه بالربح؛ لأنه سببه، من باب إطلاق السبب على المُسَبَّب[٣].

وقيد المالكية حرمة ربح ما لم يضمن بما إذا كان ذلك في الطعام فقط؛ لأن الطعام لا يجوز بيعه قبل قبضه، وأما الربح الحاصل من بيع المرء ما اشتراه قبل قبضه إذا لم يكن طعامًا - فهو حلال؛ لأنَّ بيع غير المطعومات قبل قبضها جائز في مذهبهم[٤]، قال الباجي: «قال عيسى: سألت ابنَ القاسم عن ربح ما لم يضمن؟ فقال: ذكر مالك أنه بيع الطعام قبل أن يُسْتَوْفى؛ لأنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يُستوفى[٥]، فربحه حرام، قال: وأما غير الطعام،

---

(١) شرح السنة ١٤٤/٨، وانظر: معالم السنن للخطابي ١٤٤/٥.

(٢) مرقاة المفاتيح ٣٢٣/٣.

(٣) انظر: مرقاة المفاتيح ٣٢٣/٣.

(٤) قال الباجي: «وأما ما خلا المطعوم، فإنه يجوز بيعه من بائعه ومن غيره قبل قبضه، سواء كان في حق توفية من عد أو وزن أو كيل أو لم يكن فيه حقّ توفية، كالثوب المعيّن» (المنتقى ٣١/٥، وانظر: المسالك لابن العربي ١٤٥/٦)، وانظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٥١/٣ وما بعدها، ميارة على التحفة ٢٩٥/١، البهجة ٢٥/٢، الفروق للقرافي ١٩٣/١، ٢٧٩/٣ وما بعدها، كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي ١١٨/٢ وما بعدها.

(٥) رواه البخاري ٣/ ٦٧ (٢١٢٦)، ومسلم ٣/ ١١٦٠ (١٥٢٦) من حديث ابن عمر، رضي الله عنهما، ورواه البخاري ٦٨/٣ (٢١٣٢)، ومسلم ١١٥٩/٣ (١٥٢٥) من حديث ابن عباس، رضي الله عنهما.

العُروض والحيوان والثياب، فإنَّ ربحه حلال لا بأس به؛ لأنَّ بيعه قبل استيفائه حلال»[١].

أدلة الضابط :

١- ما روى أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة والدارمي والبيهقي والطيالسي وابن خزيمة وأحمد، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل سَلَف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يُضْمن»[٢]، قال الترمذي: حسن صحيح.

٢- ما روى البيهقي والطبراني في الأوسط عن ابن عباس، رضي الله عنه: أنَّ رسول الله ﷺ قال لعتّاب بن أسيد لما بعثه واليًا على مكة: «انههم عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا»[٣].

٣- ما روى البغوي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في صفقة واحدة، وعن شِفٍّ ما لم يُضمن[٤].

٤- قال ابن العربي: «وأما ربح ما لم يَضمن، فإنما لم يَجُزْ؛ لأنَّ بيعَهُ لا يجوز؛ لأنَّ ما لم يضمن: إما لأنه لم يملكه؛ فيكون من (بيع ما ليس

---

(١) المنتقى ٥/ ٣١.

(٢) وقد صححه ابن خزيمة وابن حزم والحاكم ووافقه الذهبي على تصحيحه، كما صححه أحمد محمد شاكر في تعليقه على مسند أحمد انظر: مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/ ١٤٤، عارضة الأحوذي ٥/ ١٤١، المجتبى ٧/ ٢٨٨، سنن ابن ماجــه ٢/ ٧٣٧، سنن الدارمي ٢/ ٢٥٣، مسند الطيالسي ص ٢٩٨، المنتقى لابن الجارود ص ١٥٤، المستدرك ٢/ ١٧، السنن الكبرى للبيهقي ٥/ ٣٤٠، مسند أحمد ٢/ ١٧٨- ١٧٩، المحلى ٨/ ٥٢٠، سبل السلام ٢/ ٣٣٣، نيل الأوطار ٥/ ١٥٥، الهداية في تخريج أحاديث البداية للغماري ٧/ ٢٣١.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٥/ ٣١٣، مجمع الزوائد ٤/ ٨٥.

(٤) شرح السنة ٨/ ١٤٤ قال البغوي: (الشِفّ): الربح.

عندك)، وإما لأنه غير مقدور على تسليمه؛ فيكون من باب الغَرَر والمخاطرة»[١].

٥- وقال ابن القيم: «النهي عن ربح ما لم يُضمن قد أشكلت على بعض الفقهاء علته، وهو من محاسن الشريعة؛ فإنه لم يتمَّ عليه استيلاء، ولم تنقطع عُلَق البائع عنه، فهو يطمع في الفسخ والامتناع من الإقباض إذا رأى المشتري قد ربح فيه، وإنْ أقبَضه إيَّاه، فإنما يُقبِضه على إغماض وتأسُّف على فوت الربح، فنفسه متعلقة به، لم ينقطع طمعها فيه وهذا معلوم بالمشاهدة، فمِن كمال الشريعة ومحاسنها النهي عن الربح فيه حتى يستقر عليه ملكه، ويكون في ضمانه؛ فييأس البائع من الفسخ، وتنقطع عُلَقه عنه»[٢].

تطبيقات الضابط :

١- لو اشترى رجل سلعة، فجنى عليها إنسان، وهي في يد البائع، قبل أن يقبضها المشتري منه، فاتَّبَع المشتري الجاني بالضمان، فأخذ منه أكثر مما أعطى في ثمنها، فإنه لا يحل له الأكثر؛ لأنه من ربح ما لم يُضمن[٣].

٢- استأجر شخص امرأة ترضع صبيًّا له في بيتها، فيبس لبنها قبل إتمام

---

(١) القبس على الموطأ ٢/٧٩٩، المسالك ٦/٤٠.

(٢) تهذيب مختصر سنن أبي داود لابن القيم ٥/١٥٤ وهذا التعليل لحظر ربح ما لم يُضمن مبني على ما ذهب إليه في تعليل النهي عن بيع ما لم يقبض، وهو «أنه ذريعة إلى جحد البائع البيع، وعدم إتمامه إذا رأى المشتري قد ربح فيه، فيغرُّه الطمع، وتشح نفسه بالتسليم» إعلام الموقعين ٣/١٦١، وقد تبع في ذلك رأي شيخه ابن تيمية في أنَّ علة النهي عن بيع ما لم يُقبض «ليست توالي الضمانين، بل عجز المشتري عن تسلميه؛ لأنَّ البائع قد يُسَلِّمه وقد لا يُسَلِّمه، لاسيما إذا رأى المشتري قد ربح فيه؛ فيسعى في ردِّ البيع إمّا بجحد أو باحتيال في الفسخ» الاختيارات الفقهية ص ١٢٧٤.

(٣) النتف في الفتاوى للسغدي ١/٤٧٠.

الرضاع، فاستأجرت المرأة له ظئرًا ترضعه إلى تمام المدة، كان عليه الأجر المشروط، وللمرأة الأجر كاملا استحسانًا، وفي القياس لا أجر لها؛ لأنها بمنزلة الأجير الخاص، وليس للأجير الخاص أن يستأجر غيره لإقامة العمل، وفي الاستحسان لها الأجر؛ لأن المقصود تربية الصبي بلبن الجنس وقد حصل، ولأن مدة الرضاع تطول فلما استأجرها مع علمه أنها قد تمرض أو ييبس لبنها في بعض المدة، فقد رضي منها ضمنًا بالاستئجار لتحصيل المقصود، لكن عليها أن تتصدق بالزيادة على ما استأجرت به الظئر؛ لأن هذا ربح حصل لا على ضمانها، وقد نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن[١].

٣- يجوز الاعتياض عن الدين الحال، أي بيعه ممن هو في ذمته، بشرط أن يكون بسعر يومه أو أقل؛ لئلا يربح الدائن فيما لم يضمن، كما هر رأي ابن تيمية وابن القيم[٢].

وجاء في (مجموع فتاوى ابن تيمية - في مسألة الاعتياض عن دين السَّلم): «منها قولان (أحدهما) المنع، (والثاني) جواز الاعتياض عنه إذا كان بسعر الوقت أو أقل»[٣]، ثم قال: «والقول الثاني أصح، وهو قول ابن عباس، ولا يُعرف له في الصحابة مخالف؛ وذلك لأنَّ السَّلم دين ثابت؛ فجاز الاعتياض عنه كبدل القرض، وكالثمن في البيع، ولأنه أحد العوضين في البيع؛ فجاز الاعتياض عنه كالعوض الآخر، وكذلك إذا اعتاض عن ثمن المبيع وبدل القرض، فإنما يعتاض عنه بسعره، كما في السنن عن ابن عمر، رضي الله عنهما:

---

(١) انظر: المبسوط ١٥/ ١٢٧.

(٢) تفسير آيات أشكلت لابن تيمية ٢/ ٦٥٩، مختصر الفتاوى المصرية ص ٣٤٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٥٠٣- ٥٠٤، ٥١٣، التهذيب لابن القيم ٥/ ١١٣، ١١٧.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٥١٩.

أنهم سألوا النبي ﷺ، فقالوا: إنَّا نبيعُ الإبل بالبقيع بالذهب ونقبض الوَرِق، ونبيع بالورِق، ونقبض الذهب، فقال: «لا بأس إذا كان بسعر يومه إذا افترقتما وليس بينكما شيء»[١]، فيجوز الاعتياض بالسعر؛ لئلا يربح فيما لم يضمن»[٢].

٤- من استأجر دابة ليركبها، أو دارًا ليسكنها، فإنْ آجرها بعد القبض، جاز، إلا أنه إنْ كان فيه فضل وزيادة على ما استأجرها به، تصدَّق به؛ لأنه ربح ما لم يضمن؛ لأنَّ المنافع لم تحصل في ضمانه بالقبض، ألا ترى أنه لو هلك بطل الأجر في المستقبل، وأيضًا: هو ربح ما لم يملك بنفس العقد؛ لأنها معدومة، والمعدوم لا يملكه أحد، ولو كان لما قبضها زاد فيها زيادة من عنده، طاب له الفضل؛ لأنَّ الربح يصير بإزاء الزيادة، وهذا هو المذهب عند الحنفية، والزيدية ورواية عن أحمد[٣]، قال الإمام أحمد، في هذه الرواية: لا يجوز للمستأجر أن يؤجر العين بزيادة على الأجرة التي استأجر بها؛ لئلا يربح فيما لم يضمن؛ لأنَّ العين لو تلفت لكانت في ضمان المؤجر لا في ضمانه، ورويت كراهة لك عن ابن المسيب، وأبي سلمة، وابن سيرين، ومجاهد، وعكرمة، والنخعي، فإن فعل ذلك تصدَّق بالزيادة. وقد روي ذلك عن الشعبي، وبه قال الثوري وأبو حنيفة[٤].

---

(١) رواه أحمد ٣٩٠/٩(٥٥٥٥)، ٣٥٩/١٠ (٦٢٣٩)، أبو داود ٢٥٠/٣ (٣٣٥٤)،٣/٣٩٣ (١٩٨٠)، والترمذي ٥٣٦/٣ (١٢٤٢)، والنسائي ٢٨١/٧ (٤٥٨٢)، (٤٥٨٣)، ٢٨٣/٧ (٤٥٨٩)، وابن ماجه ٧٦٠/٢ (٢٢٦٢)، والدرامي ١٦٨١/٣ (٢٦٢٣).

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥١٩/٢٩.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣٩٥/٣- ٣٩٦، المبسوط للسرخسي ١٣٠/١٥- ١٣١، المغني لابن قدامة ٢٧٧/٥، القواعد لابن رجب ص ١٦١، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٦/٥.

(٤) المغني لابن قدامة ٥٤/٨، الشرح الكبير على المقنع ٣٤١/١٤- ٣٤٢، الإنصاف ٣٣٩/١٤، التهذيب لابن القيم ١٥٥/٥.

=

وجاء في (الإشراف) لابن المنذر: «قال الأوزاعي: مِن ربحِ ما لم يُضمن: استئجارُكَ الغلامَ بأجر معلوم، ثم تؤجره بأكثر منه»[(١)].

٥- لو باع رجل متاع آخر بغير أمره، ثم اشتراه من صاحبه بأقل من الثمن الذي باعه به، بدون أنْ يعلم ربُّه أنَّ هذا المبتاع قد سبق له بيعه من آخر بأكثر من الثمن الذي اشتراه به منه؛ لم يجز له ربحه؛ لأنه ربح ما لم يضمن[(٢)].

استثناءات من الضابط :

١- قال الحنابلة في ظاهر المذهب، والشافعي في أحد قوليه: «إذا غصب رجل نقودًا، فاتجر بها وربح، فإنَّ الربح يكون للمغصوب منه، مع أنَّ المال المغصوب ليس في ضمانه؛ وذلك لأنه نماء مِلكه؛ فكان له»[(٣)]، قال العمراني: «لأنَّه نماء ماله، فهو كثمر الشجرة، ولأنَّا لو جعلنا ذلك ملكًا للغاصب؛ لأدى ذلك إلى ارتفاق الغاصب بمال المغصوب منه بغير إذنه، فجعل ذلك ملكًا للمغصوب منه؛ لينحسم الباب»[(٤)].

= وهناك رواية ثانية عن أحمد بأنه يجوز له أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به مطلقًا؛ لأن المنافع مضمونة عليه بوجه ما؛ فإن المستأجر لو عطَّل المكان، وأتلف منافعه بعد قبضه؛ لتلفت في ضمانه. قال ابن القيم في التهذيب ١٥٦/٥: «وهذه الرواية أصح، وهذا هو مذهب الشافعي» وقال الطحاوي: وهو قول مالك والليث والبتي مختصر اختلاف العلماء للجصاص ١٢٦/٤، وقد روي عن عطاء والحسن البصري والزهري وأبو ثور الإشراف لابن المنذر ٣٠٠/٦.

(١) الإشراف على مذاهب العلماء ٤٣/٦.

(٢) انظر: المنتقى للباجي ٣١/٥، المسالك لابن العربي ١٤٥/٦، مواهب الجليل ٢٦٨/٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٣٩٩/٧-٤٠٠، المهذب ٣٧٧/١، البيان للعمراني ٣٩/٧، روضة الطالبين ٥٩/٥.

(٤) البيان شرح المهذب ٣٩/٧.

٢- ذهب الحنابلة إلى أنه يجوز لمشتري الثمار بعد بدو صلاحها أن يبيعها على رؤوس الشجر ويربح فيها، مع أنها لو تلفت بجائحة لكانت من ضمان البائع؛ وذلك لأنها بالتخلية أصبحت مقبوضة حُكمًا من قِبَلِ المشتري؛ فجاز له بيعها، وحل له ربحها تبعًا لذلك، وهو رواية عن أحمد[١].

وقد أورد ابن القيم توجيهًا حسنًا لهذا الاستثناء فقال: «إنَّ الحاجة تدعو إلى جواز بيعها على رؤوس الشجر؛ لأنَّ الثمار قد لا يمكن بيعها إلا كذلك، فلو منعناه من بيعها لأضررنا به، فجوّزنا له بيعها؛ لأنها في حكم المقبوض بالتخلية بينه وبينها، وجعلناها منه ضمان البائع بالجائحة؛ لأنها ليست في حكم المقبوض من جميع الوجوه؛ ولهذا يجب عليه إتمام التسليم بالوجه المحتاج إليه، فلما كانت مقبوضة من وجه، غير مقبوضة من وجه؛ رتبنا على الوجهين مقتضاهما»[٢].

٣- نصَّ الحنفية والحنابلة على أنه إذا اشتُرط في شركة العنان زيادة نسبة الربح لأحد الشريكين على حصته في رأس المال، فالشرط جائز على ما عقداه، أما الوضيعة (ضمان الخسارة) فتكون على كل منهما بحسب رأس ماله، وعلى ذلك فإذا استويا في رأس المال، وشُرِط لأحدهما ثلثا الربح، وللآخر الثلث، صَحَّ ذلك، وكان فضل الربح لمن شُرِط له فيما لم يَضْمَن[٣].

وتوجيه هذا الاستثناء كما قال ابن قدامة: أنَّ أحد الشريكين قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر، وأقوى على العمل؛ فجاز له أن

---

(١) تفسير آيات أشكلت لابن تيمية ٢/٦٦٣- ٦٦٤، التهذيب لابن القيم ٥/١٥٤.

(٢) التهذيب ٥/١٥٤- ١٥٥.

(٣) بدائع الصنائع ٦/٦٢، المبسوط ١١/١٥٦، روضة القضاة للسمناني ٢/٥٦٨، المغني ٧/١٣٨، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٢٠، شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/٢٤٦.

يشترط زيادة في الربح في مقابل المزية خلافًا للوضيعة، فإنها لا تتعلق إلا بالمال، فلا تكون إلا بقدره[١].

٤- نصَّ الإمام المازري - من أجلَّة فقهاء المالكية وحُذّاقهم - على أنَّ غاصب الدنانير إذا أنفقها أو حبسها ولم يتجُر بها، فإنه لا يضمن لصاحبها ربحًا في المشهور من المذهب؛ إذ إنها في ضمان الغاصب، لا المغصوب منه، ولا يحل لأحد ربح ما لم يضمن، ولأنَّ الربح معدوم، والعدم لا يُملك ولا يُضمن، ثم قال: «لكن يجب أن يُضمن لصاحب الدنانير مقدار ما كان يربح فيها صاحبها لو تَجَرَ بها، يُقَوَّم أقل ما يُظنُّ به أنه لو تَجِرَ بها لاستفاده، على طريقة عبد الملك بن الماجشون فيمن غصبَ دارًا فأغلقها، فلم يسكنها ولا أكراها، فإنه يُطالب بمقدار كرائها، مع كونه لم ينتفع منها بشيء، وقد ذكر ابن سحنون في شاهدين شهدا على رجلٍ له دين على رجل آخر قد حل، أنه أخره به عامًا، فلما انقضى العام رجعا عن شهادتهما، بعد أن حكم الحاكم بها: أنهما يُغَرَّمان ما يُظنُّ أنَّ الذي له الدَّين لو أخذه لما حل، وتَجِرَ به في هذا العام الذي شهدا به عليه أنَّه تطوَّعَ بتأخير الدَّين إليه لاستفادَهُ، إذا كان الدَّين المشهود بتأخيره عينًا[٢]، أو مكيلا أو موزونًا، وهذا يشير إلى ما قلناه من إلزام الغاصب ضمان ما منع من فوائد الأموال»[٣].

وهذا النظر الفقهي والاتجاه الشريعي قد يصلح أساسًا للاجتهاد الفقهي المعاصر بجواز إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن عن ضرر المماطلة بتغريمه الربح المتوقع، الذي فات الدائن بسبب

---

(١) المغني ١٣٨/٧.

(٢) أي نقودًا (دنانيرًا).

(٣) شرح التلقين للمازري ٩٥/٧- ٩٦.

مطله؛ بناءً على قاعدة الجواز، حيث إنَّ المدين المماطل بغير حق يعتبر في حكم الغاصب للمال خلال فترة المماطلة؛ لحبسه عن صاحبه ظلمًا وعدوانًا، فليتأمل![1].

أ. د. نزيه حماد

* * *

(١) انظر: بحث الأستاذ مصطفى الزرقا: (هل يقبل شرعًا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن) ٢/١٠٣-١١٢ مجلة (أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز بجدة) العدد٢، المجلد٢، سنة ١٩٨٥، وبحثه: (حول إلزام المدين المماطل بتعويض الدائن) ص٩٣٧ مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، البنك الإسلامي للتنمية، المجلد٣، العدد٢ والمجلد ٥، العدد ١ سنة ١٩٩٦م.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣١٥

نص الضابط: كُلُّ مَالٍ مُتَقَوَّمٍ مُنْتَفَعٍ بِهِ يَجُوزُ بَيْعُهُ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- يجوز بيع المنتفع به، أما ما لا منفعة فيه فلا يجوز العقد به ولا عليه[(٢)].

٢- كل عين مملوكة يباح نفعها واقتناؤها من غير ضرورة يجوز بيعها[(٣)].

٣- البيع لا يجوز إلا فيما هو مال متقوَّم[(٤)].

٤- كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه[(٥)].

٥- ما يباح الانتقاع به حقيقة وشرعًا يجوز بيعه[(٦)].

٦- ما كان مباح النفع والاقتناء بلا حاجة جاز بيعه[(٧)].

---

(١) الاختيار للموصلي ٦/٢.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٢٦٣/٤.

(٣) الكافي لابن قدامة ٤/٢ وبلفظ آخر: ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة يجوز بيعه انظر: المبدع لابن مفلح ٩/٤.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٥٥/١١، التجريد للقدوري ٢٦٠٧/٥ وبلفظ آخر: «بيع ما ليس بمال متقوم باطل» مرآة المجلة ليوسف آصاف ١٧٥/١، وانظر: حاشية الشلبي ٣٧٦/٤.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٣٢٧/٤.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ١١٥/٥، ١٤٣.

(٧) الفروع لابن مفلح ٦/٤.

صيغ ذات علاقة :

١- كل حيوان لا يُنتفَع بعينه لا يجوز بيعه[١]. (أخص).

٢- ما أُمر بقتله لا يجوز بيعه[٢]. (أخص).

٣- لا يصح جعل النجس ثمنًا ولا مثمنًا[٣]. (أخص).

٤- كل ما لا منفعة فيه لا يجوز شراؤه ولا بيعه[٤]. (مفهوم الضابط).

شرح الضابط :

المراد بـ(المال): هو ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، أما التقوم فإنه يثبت بها - أي بالمالية - بإباحة الانتفاع به شرعًا، فما يباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوما كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم[٥].

وهذا الضابط من أهم الضوابط المقرَّرَة في باب البيوع لبيان ما يصح جريان البيع فيه من الأموال، وما لا يصح، وما يقبل حكم عقد البيع منها شرعًا، وما لا يقبل، فهو يتكامل مع سائر الضوابط الأخرى الناظمة لمحل البيوع، كالضابط الذي يقضي بعدم صحة بيع المعدوم، المعبَّر عنه بصيغة: «بيع

(١) التجريد للقدوري ٢٦٠٧/٥.

(٢) عمدة القاري للعيني ٤٨/١٢.

(٣) انظر: إعانة الطالبين للبكري الدمياطي ٩/٣ وبلفظ آخر: «المتنجس الذي لا يمكن تطهيره لا يجوز بيعه» مغني المحتاج ١١/٢، وانظر الضابط: «الأعيان النجسة لا يصح بيعها» في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) الأم للشافعي ١٢/٣، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني ١١٩/٦.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٠١/٤، درر الحكام لعلي حيدر ٤٩٨/٢.

المعدوم باطل»[١]، والضابط المقتضِي عدم صحة البيوع التي يدخلها الغرر المؤثر، المعبر عنه بصيغة: «الأصل أن بيع الغرر باطل»[٢]، والضابط المانع من تجويز بيع ما لا يقدر على تسليمه، المعبر عنه بصيغة: «ما لا يتيقن صحة تسليمه لا يجوز عقد البيع فيه»[٣].

والمقصود بالضابط الذي بين أيدينا: أنه يشترط في المال، ليكون محلا للبيع قابلا لحكمه شرعًا، أن يكون منتفعًا به حقيقة، منتفعًا به شرعًا[٤]، كالأراضي والأبنية ومرافقها وملحقاتها، والثياب، والأثاث، والأطعمة المباحة، والأدوات المنزلية، والأجهزة الكهربائية والإلكترونية، ونحو ذلك مما لا يمكن عدُّه.

ويفيد الضابط بمفهومه: أن البيع ممتنع فيما لا منفعة فيه أصلا، سواء كان ذلك لخسته، كالخشاش والخفاش والنمل والخنافس والوزغات ونحوه، أو لقلته، كالتافه - باعتبار العرف - مثل بضع حبات من قمح أو شعير، أو حفنة تراب، ونحو ذلك، وكذلك يمتنع فيما كانت منافعه محرمة إلا لضرورة، كالخمر والدم ولحم الخنزير ونحوها[٥].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٥/٨٣.

(٢) المجموع للنووي ٩/٢٥٨.

(٣) المنتقى للباجسي ٤/٢٥٤، وورد بألفاظ أخر منها: «بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز» العناية ٤/٢٢٤- ٢٢٥، «بيع غير مقدور التسليم لا يجوز» درر الحكام لعلي حيدر ٢/١٨٧.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٣٠/١٣٥، بدائع الصنائع للكاساني ٥/١١٥- ١٤٥، التاج والإكليل للمواق ٤/٢٥٨، ٢٦٣، حاشية العدوي ٢/١٧٩، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٣، حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٥، درر الحكام للملا خسرو ٦/٢٦٨- ٢٧٢، الأم للشافعي ٣/١٢، الوسيط للغزالي ٣/١٩، روضة الطالبين للنووي ٣/٣٥١، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/١١، حواشي الشرواني ٤/٢٣٧، المبدع لابن مفلح ٤/٩، كشاف القناع للبهوتي ٣/١٥٢، التاج المذهب للعنسي ٢/٣١٣- ٣١٤، شرائع الإسلام للحلي ٢/١٠، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨/١٨.

(٥) انظر: رد المحتار لابن عابدين ١٨/١٨٩، ١٩/٢١٠، بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٩، حاشية=

ويجدر التنبيه بصدد الحديث عن هذا الضابط، وتناول علائقه إلى عدة أمور:

الأمر الأول: يجوز بيع ما يمكن الانتفاع به في الحال أو المآل بلا فرق؛ لأن الضابط في ذلك كون المال منتفعًا به حقيقة وشرعًا بإطلاق، فيجوز شراء دابة صغيرة لا ينتفع بها وقت العقد، ولكن يمكن الانتفاع بها لاحقًا بعد أن تكبر في الحمل أو الركوب ونحوهما(١).

الأمر الثاني: ما كان نجسًا في نفسه لا يجوز بيعه لغير ضرورة، أمَّا ما كان نجسًا بملاقاة النجاسة، وهي الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة، فينظر فيها: إذا كانت العين متنجسة بعارض وهي جامدة، كالثوب والبساط والأواني والأرض وغير ذلك؛ جاز بيعها بلا خلاف، وأمَّا إن كانت مائعة فينظر: إن كانت لا يمكن تطهيرها، كالخل واللبن والعسل والمرق ونحو ذلك؛ لم يجز بيعها بلا خلاف، وإن أمكن تطهيره بالغسل، كالزيت والسمن ودهن الحيوان ونحوه، ففيه قولان: أحدهما: يجوز بيعه؛ لإمكانية تطهيره، ولو بقيت فيه ذرات من النجاسة، والآخر: منع بيعه؛ لأن هذه المائع لا يطهر كله من النجاسة بالغسل(٢).

الأمر الثالث: أن إباحة الانتفاع بالشيء في موضع الضرورة، كالميتة والمحرمات التي تباح حال المخمصة، والخمر تباح لدفع لقمة غصَّ بها إذا تعذر الدفع بمباح أصلا، لا يسوغ بيعه؛ لأنه يعود إلى أصل حرمته بمفارقة الضرورة(٣)، وقد يجوز شراؤه في حالات مَرَضية تستدعي ذلك من باب

= الدسوقي لابن عرفة ٣/١٠، حاشية القليوبي ٢/٥٧، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١٤٢، الأموال ونظرية العقد لمحمد يوسف موسى ص ١٦٢، ١٦٤.

(١) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٧٣، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٣، المجموع ٩/٢٨٦.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٩/٢٨٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٥، درر الأحكام للملا خسرو ٦/٢٧٢، الأم للشافعي ٣/١٣.

الضرورة، إذا تعذر الحصول عليه على وجه التبرع[١].

الأمر الرابع: لا ينظر إلى حصول النفع بالمال إذا ضم إليه غيره، ولا إلى ما قد يفرض من وضع الحبة - مثلا - في مصيدة يصطاد بها؛ لأن هذه منفعة لا تقصد، والعبرة إنما بما يقصد من المنافع[٢].

الأمر الخامس: لا ينظر إلى منافع الأشياء المعدودة من خواصها؛ لأنها منافع تافهة، كمنفعة العنكبوت وغيره من الهوام في افتراس الحشرات الصغيرة، وكاقتناء السباع التي لا تصلح للاصطياد، أو القتال من قبل الملوك على سبيل الهيبة والسياسة، ونحو ذلك[٣].

الأمر السادس: إذا كان المال يباح الانتفاع به في بعض الأغراض دون بعض، جاز بيعه فيما يباح الانتفاع به فيه، لا فيما لا يباح، كجواز بيع الأرواث والأزبال النجسة؛ لاستخدامها في الزراعة والوقود، وكجواز بيع الزيوت والأصباغ المتنجسة؛ لاستعمالها في بعض الصناعات، ما دام الانتفاع بها في غير الأكل مباحًا؛ لأن الانتفاع ما دام حلالا، فالبيع حلال[٤].

الأمر السابع: إذا كشفت البحوث العلمية عن منافع بعض الأشياء التي لم يكن الانتفاع بها ملحوظًا في العصور الماضية؛ لاستعمالها في أغراض طبية أو صناعية ونحوها، ولم يرد في الشرع ما يحرم الانتفاع بها صح بيعها، كسُمِّ الحشائش والنباتات إن انتفع به وأمكن التداوي بيسيره جاز بيعه؛ لأنه طاهر منتفع به[٥]، وكنفايات المنازل يعاد استخدامها في صناعة أشياء نافعة، أمَّا إن

---

(١) فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة ١٣ - ٢٠ رجب ١٤٠٩هـ.

(٢) انظر: المجموع ٩/٢٨٦.

(٣) انظر: المجموع ٩/٢٨٧.

(٤) انظر: فتاوى الأزهر، فتوى الشيخ عطية صقر في شهر مايو ١٩٩٧م (مسألة: التجارة في النجاسات).

(٥) انظر معنى هذا: المغني لابن قدامة ٤/١٧٦.

كان الانتفاع به يصادم أصلا شرعيًّا، فمناط الانتفاع به موضع الضرورة لا يتجاوز محلها، كالانتفاع بدم الإنسان في بعض الأغراض الطبية والعلاجية.

وهذا الضابط معمول به لدى الفقهاء، مرعي فيما أوردوه من تطبيقات، لا اختلاف بينهم في أصله، وإن كان هناك اختلاف بينهم في تحقيق مناطه، كاختلافهم في بيع الكلب، فذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم جواز بيع الكلب مطلقًا، وهذا جارٍ على مفهوم الضابط المذكور، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بنهي النبي ﷺ عن ثمن الكلب[١]، بينما ذهب الحنفية وسحنون من المالكية إلى جواز بيع الكلب - جريًا على معنى الضابط - لأنه مال منتفع به في الحراسة والاصطياد، إلا في رواية عن أبي حنيفة في الكلب العقور؛ فإنه لا يجوز بيعه، وحكى في (الفواكه الدواني) أن عند المالكية تفصيلا بين الكلب المأذون فيه (وهو كلب الصيد والماشية) وبين غيره، فمنعوا باتفاق بيع غير المأذون فيه، وأما المأذون فيه ففيه ثلاثة أقوال عندهم: المنع، والكراهة، والجواز، والمشهور منها عن مالك المنع[٢]، وكاختلافهم في بيع النحل، وبيع ما لا يؤكل لحمه من الطيور، وبيع رماد الأعيان النجسة، وبيع لبن الآدميات، ونحو ذلك مما هو مبثوث في كتب الفقه[٣].

---

(١) رواه البخاري ٨٤/٣ (٢٢٣٧) وفي مواضع، ومسلم ١١٩٨/٣ (١٥٦٧) من حديث أبي مسعود الأنصاري، رضي الله عنه.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٤٢/٥ - ١٤٣، الفواكه الدواني ١٣٨/٢، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ١١/٣، حاشية الجمل ٢٢/٣، المغني ١٨٩/٤.

(٣) بدائع الصنائع ١٤١/٥ وما بعدها، درر الحكام للملا خسرو ٢٦٨/٦، المنتقى للباجي ٢٨/٥ وما بعدها، منح الجليل لعليش ٤٥٤/٤ وما بعدها، المجموع ٩ /٢٨٣، نهاية المحتاج ٣٩٧/٣، المغني لابن قدامة ١٧٧/٤، المبدع لابن مفلح ١٠/٤، كشاف القناع ١٥٢/٣.

أدلة الضابط :

١- اتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على جواز بيع ما هو منتفع به حقيقة وشرعًا من غير إنكار[١].

٢- لأن ما لا منفعة فيه لا قيمة له، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، وبذل العوض فيه من السفه[٢].

٣- البيع شُرِط طريقًا للتوصل إلى قضاء الحاجة، واستيفاء المنفعة المباحة؛ ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه، فما يُباح الانتفاع به ينبغي أن يجوز بيعه[٣].

تطبيقات الضابط :

١- يجوز بيع العقار، وبهيمة الأنعام، والصيود، والبغل، والحمار، وسباع البهائم، وجوارح الطير التي تصلح للصيد كالفهد والصقر؛ لما له من منفعة حقيقية مباحة شرعًا، وما كان كذلك يجوز بيعه[٤].

٢- يصح بيع حق المرور، وحق الشرب، وحق المسيل، تبعًا للأرض؛ لأنه حق مالي ينتفع به[٥]، وما ينتفع به يصح بيعه.

٣- يجوز بيع السِّرجين (وهو الزبل)؛ لأنه منتفَع به في زراعة الأرض[٦]، وما ينتفع به حقيقة وشرعًا يجوز بيعه.

---

(١) المهذب للشيرازي مع المجموع للنووي ٩/٣٠٩.

(٢) المهذب للشيرازي مع المجموع للنووي ٩/٢٨١، وانظر: السيل الجرار للشوكاني ٣/٣٩.

(٣) انظر: المغني ٤/٣٢٧.

(٤) انظر: المغني ٤/٣٢٧.

(٥) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/١٨١.

(٦) انظر: نتائج الأفكار لقاضي زاده أفندي ١٠/٥٣.

٤- لا يصح بيع الثعابين، والعقارب، والخنافس، والسحالي، ولا بيع المفترسات من الذئاب، والأسود، والثعالب، والنمور، والضباع؛ لأنها ليست بمتقومة[١]، وما لا يتقوم لا يجوز بيعه.

٥- بيض ما لا يؤكل لحمه من الطير إن كان مما لا نفع فيه لا يجوز بيعه، طاهرًا كان أو نجسًا، وإن كان مما يُنتفع به بأن يصير فرخًا وكان طاهرًا جاز بيعه[٢]؛ لأن مدار البيع على ما يجوز الانتفاع به.

٦- يمتنع بيع الخمر والخنزير؛ لأنه لا يباح الانتفاع به شرعًا[٣]، وما لا يباح الانتفاع به لا يجوز بيعه.

٧- يمتنع بيع الفضلات المنفصلة عن الإنسان، كشعره، وظفره، ورطوباته؛ لأنه لا ينتفع بها شرعًا[٤]، ومالا ينتفع به شرعًا لا يجوز بيعه.

٨- لا يجوز بيع الدم المسفوح؛ لأنه ليس بمال منتفع به شرعًا[٥]، وما لا ينتفع به شرعًا يمتنع فيه البيع.

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٤٤/٥، تهذيب الفروق لمحمد المالكي ٢٣٩/٣، المغني ٣٢٩/٤.
(٢) انظر: المغني ٣٢٧/٤.
(٣) انظر: مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ١٣١/١، عقد البيع لمصطفى الزرقاء ٢٩/١.
(٤) انظر: شرائع الإسلام للحلي ١٠/٢.
(٥) انظر: شرح المجلة لسليم رستم باز ص ١٠١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣١٦

نص الضابط: الأَعْيَانُ النَّجِسَةُ لَا يَصِحُّ بَيعُهَا[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- النجس في نفسه لا يجوز بيعه[٢].

٢- بيع كل نجاسة لا تدعو الضرورة إلى استعمالها، ولا تعم بها البلوى حرام[٣].

٣- النجس لا يصح بيعه[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- بيع ما ليس بمال لا يجوز[٥]. (أعم).

٢- نجس العين لا يباح الانتفاع به شرعًا إلا في حالة الضرورة[٦]. (أعم).

٣- ما حرم استعماله حرم بيعه[٧]. (أعم).

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٢٥٩/٤ دار الفكر، الروضة البهية للجبعي ٢٠٥/٣.

(٢) انظر: المهذب مع المجموع ٢٦٩/٩.

(٣) مواهب الجليل ٢٦٠/٤.

(٤) حاشية الجمل ١٨١/١.

(٥) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤٦٢/١٠.

(٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٩٤/١١.

(٧) الفروع لابن مفلح ٣٥٧/١.

شرح الضابط :

(الأعيان): جمع عَين وعَيْنُ الشيء: نفسه وشخصه وأصله[١].

و(النجاسة) في اللغة: القذارة، يقال: تنجس الشيء: صار نجسًا وتلطخ بالقذر[٢].

و(النجاسة) في الاصطلاح: مستقذَر يمنع صحة الصلاة حيث لا مرخِّص[٣].

والمعنى الإجمالي للضابط : هو أن الأشياء المستقذَرة التي حكم الشارع بنجاستها لا يجوز عقد البيع عليها؛ لأن بيعها يخل بشرطي الطهارة والانتفاع في المبيع؛ إذ من شروط البيع أن يكون المبيع طاهرًا منتفعًا به، وما لم يكن كذلك لم يصح بيعه[٤].

وهذا هو سر الفرق بين قاعدة ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه[٥]؛ مما يستدعي تحقيق المناط في النجاسات، وآراء الفقهاء فيها.

وقد توصل العلماء في مناط النجاسات إلى أن النجس له قسمان :

١- نجس في نفسه.

٢- ونجس بملاقاة النجاسة.

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور ٢٩٨/١٣.

(٢) انظر: المصباح المنير للفيومي ٣٠٦/١.

(٣) انظر: حاشية القليوبي على المنهاج ٧٨/١، الإقناع للشربيني الخطيب ١٢٢/١.

(٤) انظر: أنوار البروق للقرافي ٢٣٩/٣.

(٥) انظر: أنوار البروق للقرافي ٢٣٩/٣، فقد جعل القرافي تحقق شروط البيع الخمسة التي هي: الطهارة، والانتفاع، والقدرة على التسليم، وتمام الملك، والعلم بالثمن والمثمن، هي الفرق بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز. انظر: أنوار البروق للقرافي ٢٣٩/٣.

فأما النجس في نفسه: فلا يجوز بيعه كما سبق، ومثاله الخنزير والخمر وما أشبه ذلك من النجاسات[١]، وهو موضوع الضابط.

وأما النجس بملاقاة النجاسة، فهو قسمان أيضًا:

ما يقبل التطهير بالغَسل: كالثوب المتنجس، أو الإناء المتنجس، ونحوهما، فهذا يصح بيعه؛ لأنه ينتفع به بعد التطهير، وطهارته أصلية، وإنما عرض له نجاسة يمكن إزالتها[٢]، وهذا القسم لا يدخل في الضابط.

وما لا يقبل التطهير: كالسمن والزيت والعسل واللبن والخل، والأصح عند أكثر المالكية والشافعية والحنابلة: عدم جواز بيعه[٣].

أما الحنفية: فقد نصوا على جواز بيع الدهن المتنجس[٤].

والنجس من حيث الاتفاق على تحريم بيعه والاختلاف فيه على ضربين:

١- ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعه، وهو الخمر والميتة بجميع أجزائها وكذلك الخنزير بجميع أجزائه.

٢- ضرب اختُلف في بيعه: وهي النجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها؛ حيث لا بد من تحقيق الضرورة في بيعه، كالزِّبْل (أي الروث) الذي يتخذ في البساتين:

---

(١) انظر: فتح القدير والعناية بهامشه ٢٠٢/٥ المطبعة الكبرى الأميرية ١٣١٦هـ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٢٤٧/١٢، المهذب مع المجموع ٢٢٥/٩، المغني ٣٢٤/٤، ٣٢٧، المحلى لابن حزم ٢٤٣/١، التاج المذهب لأحكام المذهب لابن المرتضى ٣٤٠/٣، شرح النيل لأطفيش ٦٦/١٤- ٦٧، الروضة البهية للجبعي ٢٠٥/٣- ٢٠٦، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٢١٩/٢.

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير ١٠/٣، شرح المحلي على المنهاج ١٥٧/٢، كشاف القناع ٦/٣.

(٣) انظر: القوانين الفقهية ص ١٦٣، شرح المحلي على المنهاج ١٥٧/٢، كشاف القناع ١٦٥/٣، الشرح الكبير في ذيل المغني ١٥/٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٥٠/٩.

(٤) انظر: الدر المختار ١١٤/٤.

فعند الحنفية والمالكية يجوز بيعه، سواء أكان من الحيوانات المأكولة لحومها، أم من غيرها.

وقيَّد الحنابلة الجواز بالزبل الطاهر، وهو عندهم الخارج من مأكول اللحم، كروث الحمَام وبهيمة الأنعام.

قال الناظم:

ونَجَس صفقتُـــــه محظـــــوره ورخَّصوا في الزِّبْل للضروره

وعند الشافعية بيعه باطل، سواء كان من البهائم المأكولة أو غيرها؛ لأن روث البهائم كلها نجس عندهم(١).

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، حيث نهى تعالى عن أكل المال بالباطل، وما كان نجسًا لا تحصل به منفعة للمسلم، أو تحصل به منفعة يسيرة منع الشارع منها؛ فصار وجودها كالعدم؛ لأن المعدوم شرعًا كالمعدوم حسا، فكأنه غير منتفع به أصلا، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل(٢).

٢- عن جابر، رضي الله عنه، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة: «إن الله ورسوله حرَّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» فقيل: يا رسول الله: أرأيت شحوم الميتة؛ فإنها يُطلى بها

---

(١) انظر: الفتاوى الخانية بهامش الهندية ١٣٣/٢، نتائج الأفكار لقاضي زاده أفندي ١٢٢/٨، بداية المجتهد ١٠٣/٢، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بـ (شرح ميارة) ٢٨٣/١، حاشية الدسوقي ١٠/٣، مواهب الجليل ٢٦٠/٤، المجموع ٢٣٠/٩، كشاف القناع ١٥٦/٣، الشرح الكبير بذيل المغني ١٤/٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١٤/٢٣ وما بعدها.

(٢) انظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٢٦٠/٤.

السفن، ويُدهن بها الجلود، ويَستصبح[١] بها الناس؟ فقال: «لا، هو حرام»، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم شحومها جَمَلوه[٢]، ثم باعوه فأكلوا ثمنه»[٣].

٣- نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب، وثمن الدم[٤].

٤- عن عبد الله بن عُكَيْم أنه قال: أتانا كتاب رسول الله ﷺ:«ألا تنتفعوا من المَيتة بإِهاب[٥] ولا عصب»[٦].

٥- قال ابن المنذر: أجمع العلماء على تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير وشرائها[٧].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نهى عن بيع هذه المذكورات، والنهي يقتضي الفساد، «فقيس بها ما في معناها»[٨].

تطبيقات الضابط:

١- لا يجوز بيع الكلب، سواء كان معلَّمًا أو غير معلَّم، على المعتمد عند المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية[٩]؛ للنهي عن بيع الكلب، ولنجاسته، واستثنى بعضهم

---

(١) أي يستخدمونها فى إضاءة المصابيح.

(٢) أي أذابوه.

(٣) رواه البخاري ٣/ ٨٤(٢٢٣٦) ؛ ومسلم٣/ ١٢٠٧(١٥٨١).

(٤) رواه البخاري ٣/ ٨٤ (٢٢٣٧) وفي مواضع، ومسلم ٣/ ١١٩٨ (١٥٦٧) من حديث أبي مسعود الأنصاري، رضي الله عنه.

(٥) (الإهاب): الجلد قبل الدبغ.

(٦) سنن الترمذي ٧/ ٤١.

(٧) المجموع ٩/ ٢٣٠، المغني ٤/ ٣٢٤.

(٨) شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٢/ ٤٠٢.

(٩) مواهب الجليل ٤/ ٢٦٧، الأم للشافعي ٢/ ٢٥٣، حاشية قليوبي ٢/ ١٩٧، الإنصاف للمرداوي ٤/ ٢٨٠، المحلى لابن حزم ٧/ ٤٩٢، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/ ٣٠٧، شرح النيل لأطفيش=

الكلب المأذون فيه دون غيره، فيجوز بيعه للانتفاع به.

٢- لا يجوز بيع الخمر والنبيذ[١]؛ لأنهما محرمان بالنص، ونجسان بالطبع، وبيع الأعيان النجسة لا يصح.

٣- لا يجوز بيع دهن الميتة[٢]، كما لا يجوز بيع جلدها قبل الدباغ[٣]؛ لحرمة بيع الأعيان النجسة.

٤- عَظم الميتة، وقرنها، وحافرها، وظفرها، وظلفها، وعصبها، وجلدها قبل الدبغ، لا يجوز بيعها عند المالكية، والشافعية، والحنابلة؛ لنجاستها[٤].

٥- لا يجوز بيع عَظم الفيل سواء أخذ منه بعد الزكاة أو قبلها؛ لنجاسته عند المالكية، والشافعية[٥].

٦- لبن الميتة وبيضها إن لم يتصلب ومسكها إن لم يتهيأ للوقوع نجس؛ فلا يجوز بيعه في المذهب الشافعي[٦].

= ٤٩٧/١٣ أما الحنفية فذهبوا إلى صحة بيع الكلب معلما كان أو غير معلم، لأن الكلب عندهم مال فكان محلا للبيع كالصقر والبازي انظر: بدائع الصنائع ١٤٢/٥.

(١) انظر: المجموع ٢٢٦/٩، شرح النيل لأطفيش ٦٧/١٤، شرائع الإسلام للحلي ٢١٩/٢.

(٢) انظر: المجموع ٢٢٦/٩-٢٢٧، الإنصاف للمرداوي ٢٨١/٤.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥١/٤، المجموع للنووي ١٧٦/٩، المغني ٨٧/١.

(٤) انظر: المنتقى للباجي ١٣٧/٣، الإقناع مع حاشية البجيرمي ١٠٠/١، الفروع لابن مفلح ١٠٧/١، ١١٠ أما الحنفية فعندهم أن كل شيء لا يسري فيه الدم لا ينجس بالموت، كالشعر والريش والوبر والقرن والحافر والعظم فيجوز بيعه انظر: بدائع الصنائع ١٤٢/٥، الدر المختار ورد المحتار ١١٤/٤، ووافقهم المالكية في الصوف والوبر والشعر قال خليل: وصوف ووبر وزغب ريش ولو من خنزير إن جُزَّت.

(٥) انظر: المنتقى للباجي ١٣٧/٣، المجموع ٢٧٥/٩.

(٦) انظر: الإقناع مع حاشية البجيرمي ١٠٠/١.

٧- بعض المصانع تقوم بتصنيع بقايا حيوانات ميتة، وتحويلها إلى أعلاف للدواجن والأبقار ونحوها، فتلك الأعلاف إذا كانت العناصر المحرَّمة غالبة فيها لا يجوز بيعها ولا شراؤها.

٨- يحرم بيع دم الإنسان للأغراض العلاجية؛ لنجاسته، ويجب أن يكون نقل الدم بغرض العلاج من قبيل التبرع لا المعاوضة، والبيع: أما المضطر للشراء فلا لوم عليه ولا تثريب إن لم يجد وسيلة أخرى لذلك.

جاء في فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة (١٣-٢٠ رجب ١٤٠٩هـ) ما يلي:

«أما حكم أخذ العوض عن الدم، وبعبارة أخرى: بيع الدم، فقد رأى المجلس أنه لا يجوز؛ لأنه من المحرمات المنصوص عليها في القرآن الكريم مع الميتة ولحم الخنزير، فلا يجوز بيعه وأخذ عوض عنه، وقد صح في الحديث: «إن الله تعالى إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»، كما صح أنه نهى عن بيع الدم، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة إليه للأغراض الطبية، ولا يوجد من يتبرع إلا بعوض، فإن الضرورات تبيح المحظورات بقدر ما ترفع الضرورة؛ وعندئذ يحل للمشتري دفع العوض، ويكون الإثم على الآخذ.

ولا مانع من إعطاء المال على سبيل الهبة أو المكافأة؛ تشجيعًا على القيام بهذا العمل الإنساني الخيري؛ لأنه يكون من باب التبرعات، لا من باب المعاوضات».

براء الإدلبي

* * *



رقم القاعدة/الضابط: ١٣١٧

نص الضابط: البَيْعُ إِذَا وَقَعَ مُحَرَّمًا أَوْ عَلَى مَا لَا يَجُوزُ فَمَفْسُوخٌ مَرْدُودٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

- لا يعقد المتبايعان البيع على الأعيان المحرمة[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- البيع إذا وقع بالربا مفسوخ أبدًا[٣]. (أخص).

٢- كل ما لا يجوز أكله أو شربه من المأكولات والمشروبات لا يجوز بيعه، ولا يحل ثمنه[٤]. (أخص).

٣- كل شراب محرم فإنه يحرم بيعه[٥]. (أخص).

٤- ما أبيح اتخاذه للانتفاع به جاز بيعه[٦]. (أخص).

---

(١) التمهيد لابن عبد البر ١٢/٦٠.
(٢) انظر: الحاوي للماوردي ٦/١٣.
(٣) انظر: المحلى ٧/٢٤٩، ٢٨٤.
(٤) التمهيد لابن عبد البر ١٤/١٥٨.
(٥) البحر الزخار لأحمد المرتضى ٦/١٩٢.
(٦) التمهيد لابن عبد البر ٢/٨٦.

٥- إذا كان الغالب في الانتفاع بالمبيع هو المنفعة المحرمة فلا يجوز بيعه[١]. (عموم وخصوص).

٦- ما كان الانتفاع به حرامًا وإمساكه حرامًا فثمنه حرام[٢]. (عموم وخصوص).

٧- متى حرم شيء فحرام ملكه وبيعه والتصرف فيه وأكله[٣]. (أعم).

شرح الضابط :

المعنى الإجمالي لهذا الضابط : هو أن البيوع إذا تطرق إليها سبب من أسباب الفساد العامة التي تعود إلى نهي الشارع عنها، سواء أكان النهي عنها لأمر داخل فيها من جهة ما هو بيع، كتحريم عين المبيع، أو لوجود الربا، أو الغرر، أو لتحقق شرط من الشروط التي تؤول إلى الربا أو الغرر أو هما معًا، أم كان النهي عنها لأمر خارج كالغش، أو الضرر، أو مكان الوقت المستَحق بما هو أهم منه (الجمعة)، أو لأنها محرمة البيع؛ فإن الحكم في هذا هو بطلان تلك البيوع، وفسخها، ورد الثمن للمشتري إن كان موجودًا، أو مثله أو قيمته إن فاتت عينه[٤]؛ لأن البيع انعقد على باطل و «ما بُنِي على باطل فهو باطل».

وهذا باتفاق الفقهاء[٥]، يقول ابن رشد الحفيد: «اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تَفُتْ بإحداث عقد فيهاأو نماء أو نقصان، أو

---

(١) السيل الجرار للشوكاني ٣/ ٢٤.

(٢) شرح معاني الآثار للطحاوي ٤/ ٣٢٣.

(٣) المحلى لابن حزم ٩/ ٨، وانظر: الإيضاح للشماخي ٥/ ١١.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٢/ ١٤٥ دار الفكر ـ بيروت.

(٥) انظر: البدائع ٥/ ٣٠٥، حاشيـة ابن عابدين ٤/ ١٠٥، حاشية الدسوقي ٣/ ٧١، القوانين الفقهية ص ١٧٢- ١٧٣، نهاية المحتاج ٣/ ٣٦٤، ٤٣٥، كشاف القناع ٣/ ١٥٠، المغني ٤/ ٢٥٢- ٢٥٣، البحر الزخار ٧/ ٤٩٦، ٨/ ٤٧٢، شرح النيل ١٤/ ٦٥، ٨٦، ٨٩، المحلى ٧/ ٣٥٧، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/ ٢١٩.

حوالة سوق - أنَّ حُكمها الرد - أعني أنْ يَردَّ البائع الثمن - ويردَّ المشتري المثمون»[١].

أدلة الضابط :

١- عموم قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، وجه الاستدلال: أن البيع المحرم إذا وقع ولم يفسخ فهو من أكل المال بالباطل.

٢- قوله ﷺ: «إن الله إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»[٢].

٣- ولأن البيع الباطل أو الفاسد منهي عنه شرعًا، والمنهي عنه يكون حرامًا، والحرام لا يصلح سببًا لثبوت الملك[٣].

تطبيقات الضابط :

١- لا يحل بيع الخمر، ولا بيع الخنزير، ولا بيع صليب، ولا صنم، ولا ميتة، ولا دم مسفوح[٤]، فمن باع منها شيئًا فسخ

(١) بداية المجتهد ١٤٥/٢.

(٢) رواه أحمد ٤ /١١٥/٥ (٢٩٦١)، والدارقطني ٣٨٨/٣ (٢٨١٥)، وابن حبان ٣١٢/١١-٣١٣ (٤٩٣٨) من حديث ابن عباس، رضي الله عنه، ورواه أحمد٤١٦/٤ (٢٦٧٨)، وأبو داود ١٧٦/٤ -١٧٧ (٣٤٨٢)، والبيهقي في الكبرى ١٣/٦

(٣) انظر: البدائع ٣١٠/١٢.

(٤) قد يجوز شراء الدم في حالات مَرَضية تستدعي ذلك من باب الضرورة، إذا تعذر الحصول عليه على وجه التبرع جاء في فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة (١٣ - ٢٠ رجب ١٤٠٩هـ) ما يلي:
«أما حكم أخذ العوض عن الدم، وبعبارة أخرى: بيع الدم، فقد رأى المجلس أنه لا يجوز، لأنه من المحرمات المنصوص عليها في القرآن الكريم مع الميتة ولحم الخنزير، فلا يجوز بيعه وأخذ عوض عنه وقد صح في الحديث: «إن الله تعالى إذا حرّم شيئًا حرّم ثمنه»، كما صح أنه نهى عن بيع الدم، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة إليه للأغراض الطبية، ولا يوجد من يتبرع إلا بعوض، فإن=

أبدًا[١]؛ لقوله ﷺ: «إن الله حرم الخمر وثمنها، وحرم الميتة وثمنها، وحرم الخنزير وثمنه»[٢]، وجه الاستدلال: أن هذه الأشياء حُكم أكلها وبيعها التحريم، كما أن ثمنها حرام، والحرام يجب إزالته وردّه.

٢- بيع الغرر محرم، وإن وقع فُسخ؛ لحديث أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر»[٣]، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة، كبيع المعدوم كثمرة قبل أن تظهر، والمجهول جهالة تفضي إلى المنازعة، وما لا يقدر على تسليمه كالبعير الشارد، وما لم يتم ملك البائع عليه كمال الأجنبي، وبيع السمك في الماء الكثير، واللبن في الضرع، وبيع الحمل في البطن، وبيع بعض الصبرة مبهما، وبيع ثوب من أثواب، وشاة من شياه، ونظائر ذلك[٤]، وبيع الغرر مفسوخ على كل حال[٥].

٣- البيع إذا وقع على صفة تقتضي ربا النسيئة أو ربا الفضل، فهو معقود على حرام، ومفسوخ أبدًا[٦].

٤- بيع الأرض لتتخذ كنيسة أو خمارة، وبيع الخشب لمن يتخذه صليبًا، والنحاس لمن يتخذه ناقوسًا لكنيسة، وبيع مخدِّر لمن يظن أنه يتعاطاه

= الضرورات تبيح المحظورات بقدر ما تُرفع الضرورة، وعندئذ يحل للمشتري دفع العوض، ويكون الإثم على الآخذ، ولا مانع من إعطاء المال على سبيل الهبة أو المكافأة؛ تشجيعًا على القيام بهذا العمل الإنساني الخيري؛ لأنه يكون من باب التبرعات، لا من باب المعاوضات».

(١) انظر: المحلى ٨/٩.

(٢) رواه أبو داود في سننه ٢٧٩/٣ (٣٤٨٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) رواه مسلم في صحيحه ١١٥٣/٣ (١٥١٣).

(٤) تحفة الأحوذي ٣٥٥/٤.

(٥) انظر: شرح ابن بطال ٢٦١/٦، تحفة الأحوذي ٣٥٥/٤، فتح القدير ٥٠/١، حاشية ابن عابدين ٦/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥/٣.

(٦) انظر: التمهيد لابن عبد البر ١٢٩/٥.

على وجه محرم[١]، فهذه البيوع كلها محرمة تفسخ إن وقعت.

٥- لا يجوز بيع العِينة[٢]، عند أبي حنيفة، ومالك، وأحمد[٣]، فإن وقع فسخ.

٦- بيع آلات الملاهي إلى من يلهو بها غير جائز[٤]، فمن اشترى من آلة اللهو شيئًا كالبوق وغيره؛ فسخ بيعه[٥].

٧- إذا تبايع المتبايعان سواء كان ذهبًا بفضة، أو ذهبًا بذهب، أو فضة بفضة، فلم يتقابضا قبل أن ينصرفا، فالبيع مفسوخ؛ لأن النبي ﷺ لما نهى[٦] عن ذلك، صار محرمًا[٧]، والبيع المحرم حكمه الفسخ.

٨- الوقف لازم بمجرد الصيغة، وبيعه محرم باطل، ويجب على بائعه فسخ بيعه وإمضاء وقفه[٨].

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: شرح الدردير بحاشية الدسوقي ٣/٧، تحفة المحتاج ٣١٧/٤، حاشية القليوبي على شرح المحلي ٢/١٨٤، حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٩٣، المغني ٤/٢٨٤.

(٢) (بيع العِينة) هو: بيع العين بثمن زائد نسيئة لشخص؛ ليبيعها ذلك الشخص إلى البائع الأول بثمن حاضر أقل. انظر: الدر المختار ورد المحتار ٢٧٩/٤.

(٣) انظر: القوانين الفقهية ص ١٧١.

(٤) انظر: السيل الجرار للشوكاني ٢٥/٣.

(٥) انظر: حاشية ابن الشاط على أنوار البروق للقرافي ٢٤٠/٣.

(٦) رواه البخاري ٧٤/٣ (٢١٧٧)، ومسلم ١٢٠٨/٣ (١٥٨٤).

(٧) انظر: الأم للشافعي ٣٠٧/٧.

(٨) انظر: فتح العلي المالك لعليش ٢٦١/٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣١٨

نص الضابط: كُلُّ صَفْقَةٍ وَقَعَتْ بِحَلَالٍ وَحَرَامٍ، لَا تَجُوزُ فِي الْبُيُوعِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل صفقة جمعت حلالا وحرامًا فهي كلها حرام، ولا ينعقد البيع في الحلال منها خاصة[٢].

٢- كل صفقة تضمنت ما لا يدخل تحت البيع بحال وما يصح دخوله، بطل البيع فيهما[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- كل صفقة وقعت بحلال وحرام، بطلت الصفقة كلها[٤]. (أعم).

٢- إذا وُجد ما يُبطل عقد البيع، بطل ما يترتب عليه[٥]. (مكمل).

---

(١) المدونة لسحنون ٢٧٤/٤ بتصرف يسير.

(٢) أصول الفتيا للحارث الخشني ص ١١٧.

(٣) التجريد للقدوري ٢٥٥٣/٥ وفي بدائع الصنائع ١٦٢/٥ «الصفقة إذا أضيفت إلى ما يحتمل العقد وإلى ما لا يحتمله فالفساد يشيع في الكل».

(٤) المدونة ٥٤٩/١١.

(٥) انظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

٣- العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله، ولا يجوز تقريره[١]. (أصل).

٤- العقد إذا تعذر إمضاؤه ينفسخ[٢]. (أصل).

شرح الضابط:

هذا الضابط يتعلق بما يسمى عند الفقهاء بموضوع (تفريق الصفقة).

و(الصفقة) يراد بها بحسب الاصطلاح: (صفقة البيع)، مأخوذة من صفق الأكف عند البيع والشراء[٣]، وكانت العرب إذا أرادوا إنفاذ البيع ضرب أحدهما يده على يد صاحبه، فقالوا: صفق يده أو على يده بالبيع، فوصفوا به البيع[٤]، ومنه يقال: صفقة رابحة، وصفقة خاسرة[٥].

ومن استعمالات هذه الكلمة في الأحاديث: حديث أبي هريرة، رضي الله عنه: «إن إخواننا من المهاجرين كان يشغلهم الصفق بالأسواق»: أي التبايع[٦]، وحديث ابن مسعود، رضي الله عنه: «لا تحل صفقتان في صفقة»[٧]، وهو كحديث بيعتين في بيعة[٨]، ومنه قول عمر، رضي الله عنه: «البيع صفقة أو خيار»[٩].

---

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٣٧٦/٢.

(٤) المعجم الوسيط ٥١٧/١.

(٥) مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي ص ١٥٣.

(٦) صحيح البخاري ٥٥/١ والنهاية لابن الأثير ٣٨/٣.

(٧) رواه عبد الرزاق في المصنف ١٣٨/٨ (١٤٦٣٣)، وابن أبي شيبة ٣٩٨/٥، وأحمد في مسنده ٢٦٩/٦ (٣٧٢٥)، والبزار: البحر الزخار ٣٨٣/٥ (٢٠١٦)، وابن حبان ٣٩٩/١١ (٥٠٢٥) عن ابن مسعود، رضي الله عنه، من قوله، وفي رواية ابن أبي شيبة وأحمد: لا تصلح.

(٨) النهاية لابن الأثير ٣٨/٣.

وحديث النهي عن بيعتين في بيعة جاء عن عدد من الصحابة، منها حديث عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة» أخرجه أحمد في مواضع، منها ٢٠٣/١١ (٦٦٢٨).

(٩) السنن الكبرى للبيهقي ٤٤٧/٥ والمُغْرِب في ترتيب المُعْرِب للمطرّزي ٤٧٦/١ وطلبة الطلبة للنسفي=

ومعنى قول الضابط : «وقعت بحلال وحرام»: أي جمعت بين شيئين أحدهما حلال، والآخر حرام، كما جاء ذلك في صيغ الضابط الأخرى.

ولكي يتضح هذا المعنى أكثر، ويتضح به أيضًا المعنى العام للضابط، يُنقل هنا نص (المدونة) الذي جاء فيه هذا الضابط، وهو كما يلي:

قال صاحب (المدونة): «قلت: أرأيت إن اكتريت أرضًا بدراهم وخمر، صفقة واحدة، أتجوز حصة الدراهم أم لا؟ قال: إذا بطل بعض الصفقة هاهنا، بطلت كلها.

قلت: وهذا قول مالك؟ قال: هذا قوله:

قلت: فإن قال الذي أَكْرَى أرضه بخمر ودراهم: أنا أترك الخمر، وآخذ الدراهم؟ قال: لا يجوز هذا، ألا ترى أنه لو اكترى الأرض بخمرٍ، أن ذلك لا يجوز، فكذلك إذا اكترى بخمر ودراهم، صارت الخمر مشاعة في جميع الصفقة» انتهى.

هذا، ومعنى تفريق الصفقة: أن لا يتناول حكم العقد - من الابتداء - جميع المعقود عليه، أو أنه يتناوله ابتداء ثم ينحسر عنه فيما بعد؛ فتكون الصفقة الواحدة، قد تفرّقت مآلا، أو تبعَّضت، أو تجزّأت، وبكل هذه الألفاظ يعبّر الفقهاء عن مثل هذه المعاملة[1].

وبهذا يتضح أن هذا العنوان «تفريق الصفقة» هو تعبير عن مآل العقد، والنتيجة التي ستترتب عليه بعد صدوره - وليس تعبيرًا عن العقد نفسه حال صدوره.

= ص٢٦٦ والمعنى كما في (طلبة الطلبة): البيع صفقةٌ، أي: عقد تام لازم، أو خيار، أي: غير لازم لما فيه من الخيار.

وأثر عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، أخرجه البيهقي في الموضع نفسه برقم (١٠٤٥٤).

(١) انظر: الموسوعة الكويتية ٥٦/٢٠، ٥٧.

وفي الغالب: هذا العنوان «تفريق الصفقة» اصطُلح عليه عند الفقهاء للتعبير به عن عقد بيع يُجمع فيه بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز في آن واحد، فيترتب على ذلك تفريق العقد من حيث الحكم الشرعي؛ إذ إنه لا شك أنه لا يبقى صحيحًا شرعًا على هيئته المجموعة التي صدر عليها، بل:

-إما أنه سيبطل بالكلية في الجزء الذي لا يجوز منه، وذلك فيما إذا كان هذا الجزء غير الجائز، لا يصح أن يكون محلًّا للعقد أبدًا، كما لو جُمع في عقد البيع بين عصير وخمر صفقة واحدة؛ أو سيبطل مؤقتًا فيما إذا كان هذا الجزء يمكن أن يصح البيع فيه مستقبلا بصورة ما.

- أما الجزء الجائز في هذا العقد: فهل سيبطل العقد فيه أيضًا؛ بناء على سريان الفساد إليه من ذلك الجزء غير الجائز، أم يصح في هذا القدر فقط من العقد؛ بناء على أنها حصة مستقلة من العقد فلها حكمها، كما أن تلك الحصة الأولى غير الجائزة كانت مستقلة وكان لها حكمها على حدة.

هذا النظر الفقهي في مثل هذا العقد، هو الذي عَبَّر عنه الفقهاء بعنوان: «تفريق الصفقة».

وتفريق الصفقة له أنواع، منها هذا النوع الذي صيغ عليه مضمون الضابط، وهو أن يشتمل عقد البيع على شيئين يصح البيع في أحدهما دون الآخر بثمن واحد[1]، فيترتب على ذلك تفريق هذه الصفقة من حيث الحكم الشرعي، وهو محل اختلاف بين أهل العلم يتلخص مجمله فيما يلي:

الرأي الأول: أن الصفقة كلها باطلة، وهو الذي يعبِّر عنه الضابط محل البحث، وهذا قول الإمام أبي حنيفة، والمالكية، وأحد قولي الشافعية، ورواية

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤/١٦٢.

عن الإمام أحمد، وهو مذهب الظاهرية، والقول المختار عند الإباضية[١].

وهناك شروط لدى بعض هؤلاء الفقهاء للقول بالبطلان الكلي في هذا العقد، فمن ذلك مثلا: أنه يشترط عند الحنفية أن يكون ما لا يجوز بيعه (في هذا العقد)، هو الذي لا يدخل تحت البيع أصلا؛ لكونه ليس بمال، كبيع الخمر للمسلم، وكبيع الميتة، فإن لم يكن كذلك، بل كان ذلك الجزء غير الجائز، صالحًا للبيع من أصله إلا أنه لم يجز بيعه لعارضٍ، وبزوال ذلك العارض سيصح البيع فيه (كما لو باع شخص سيارة مشتركة بينه وبين غيره بدون إذن الشريك)؛ فلا تبطل الصفقة كلية، بل تبطل في حصة الجزء غير الجائز فقط، وتبقى فيما عداه صحيحة[٢].

ويشترط عند المالكية للقول ببطلان هذه الصفقة: أن يكون الطرفان أو أحدهما دخل في البيع على علم بحرمة الجزء الحرام فيه، وأما إذا لم يدخلا أو أحدهما على ذلك؛ فإنه يكون الأمر حينئذ من باب خيار العيب لا من باب تفريق الصفقة، فيقتصر البطلان على القدر غير الجائز من الصفقة، ويحق للمشتري التمسك بالباقي بما يخصه من الثمن، كما إذا اشترى قُلَّتَي خَلٍّ فإذا إحداهما خمر، أو دارَين فتبيّن أن إحداهما وقف، أو شاتين مذبوحتين فتبيّن أن إحداهما ميتة؛ فإن للمشتري التمسك بالباقي من الصفقة[٣].

الرأي الثاني: أنه يجوز تجزئة الصفقة، فيصح البيع فيما يجوز، ويبطل

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٤٥٧/٦، مجمع الأنهر ٥٤/٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر ٣٤٧/١، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٧٢، التاج والإكليل ٢٧٥/٤، مغني المحتاج للشربيني ٤٠/٢، الإنصاف للمرداوي ٣١٧/٤- ٣١٨، المحلى ١٦/٩، شرح النيل ٣١٢/٨، ٣٤٩/٨.

(٢) انظر: مجمع الأنهر ٥٤/٢.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ١٥/٣.

فيما لا يجوز هذا هو القول الأظهر للشافعية، والرواية الثانية عن الإمام أحمد وهي المذهب، وهو قول الإمامية[(١)].

وهو رأي الصاحبين من الحنفية: أبي يوسف ومحمد بن الحسن، إلا أنهما يشترطان لصحة البيع أن يُعيَّن من الابتداء لكل شقٍّ حصته من الثمن، فعند ذلك تعتبر الصفقة صفقتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة، فتصح واحدة وتبطل الأخرى[(٢)]، وهو ما يبدو من رأي الزيدية[(٣)]، وأحد الأقوال المختارة عند الإباضية[(٤)].

ومما يجدر ذكره أن الضابط فرع عن قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّب الحرام»، وهي دليل أيضًا للضابط كما سيأتي في الأدلة كما أن الضابط استثناء من موضوع فسخ البيوع؛ وذلك أن البيع إذا انعقد لم يتطرق إليه فسخ إلا بأسباب، ومنها هذا السبب المعبر عنه بتفريق الصفقة[(٥)].

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]؛ والصفقة المشتملة على الحرام ولو في جزء منها، تدخل في هذا العموم.

(١) مغني المحتاج للشربيني ٢/٤٠، المنثور للزركشي ١/٣٨٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٨، حاشية قليوبي ٢/٢٣٢، الإنصاف للمرداوي ٤/٣١٧-٣١٨، الشرح الممتع ٨/١٨٣، القواعد الفقهية للبجنوردي ٢/٣٨٥.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٦/٤٥٧، مجمع الأنهر ٢/٥٤.

(٣) انظر: التاج المذهب ٣/٢٦٣، البحر الزخار ٤/٣٦١.

(٤) انظر: شرح النيل ٨/٥٥٣، ٨/٣٤٩.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٧.

٢- قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّب الحرام»[١].

٣- إنَّ جمع ما لا يجوز بيعه مع ما يجوز، في صفقة واحدة، يؤدي إلى أن ما ليس بمال من المبيع يُجعل شرطًا لقبول ما هو مال، وجعل غير المال شرطًا لقبول المبيع - مبطل للبيع[٢].

تطبيقات الضابط :

١- من ابتاع الشجرة قبل تأبير ثمرها كان مالكًا للثمر؛ لكونه مالكًا للأصل، وليس للبائع أن يستثني الثمر قبل التأبير، بحيث يبيع الأصل على أن يبقى الثمر؛ لأنه لو فعل ذلك لكان البائع مبتاعًا للثمرة قبل أن يبدو صلاحها، وكان يفسد البيع الأول بذلك؛ لاجتماع الصفقة في الاستثناء على الحلال والحرام والسُّنة ماضية في فسخ الصفقة يجتمع فيها حلال وحرام[٣].

٢- من باع معلومًا ومجهولا صفقة واحدة، وتعذر علم المجهول ولم يُبيِّن ثمن المعلوم كـ(بعتُك هذه الفرس وما في بطن الفرس الأخرى بكذا)، فهذا بيع باطل بكل حال[٤]، قال الموفق ابن قدامة: ولا أعلم في بطلانه خلافًا[٥]؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته، والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته؛ لأنها إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما، والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط[٦].

---

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظر: مجمع الأنهر ٣/٧٨.

(٣) المعيار المعرب ٥/٦٦.

(٤) مطالب أولي النهى ٣/٤٥، وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر ١/٣٤٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١١.

(٥) المغني لابن قدامة ٤/١٦٢، شرح المقنع للشمس ابن قدامة ٤/٣٧.

(٦) مطالب أولي النهى ٣/٤٥.

٣- لو باع - مثلا - شاة وكلبًا بثمن معلوم، أو اشترى شيئًا بمائة درهم ورطل خمر، يكون البيع باطلا؛ لأن الكلب والخمر لا قيمة لهما، وما لا قيمة له لا ينقسم عليه البدل[١].

٤- لو اشترى شيئًا مما يكون مأكوله في جوفه، كالبطيخ والجوز والخيار والرمان والبيض ونحوها، فكسره، فوجد بعضه فاسدًا دون البعض: يُنظر: إن كان الفاسد كثيرًا، يرجع المشتري على البائع بجميع الثمن؛ لأنه ظهر أن البيع وقع في القدر الفاسد باطلا؛ لأنه تبين أنه ليس بمال، وإذا بطل في ذلك القدر يفسد في الباقي كما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة[٢].

٥- إذا اشترى مصارفة: دينارًا واحدًا بعشرة دراهم، ثم نقد بعض العشرة دون البعض في المجلس، فسد الصرف في الكل عند الإمام أبي حنيفة، وعند الصاحبين يصح بقدر ما قبض، وهذا بناء على أصل مختلف بينهم، وهو أن الصفقة إذا اشتملت على الصحيح والفاسد، يتعدى الفساد إلى الكل عند الإمام أبي حنيفة، وعندهما لا يتعدى[٣].

٦- لو باع مال الزكاة بعد وجوبها وقبل إخراجها، ففي قول - غير الأظهر- عند الشافعية: يبطل البيع في الجميع؛ لكونه من باب تفريق الصفقة[٤]؛ لأنه سيجتمع حينئذ في البيع: مال الزكاة الذي وجب إخراجه في الزكاة، وهو مما لا يجوز بيعه، مع مال حلال آخر جائز البيع، فتكون الصفقة الواحدة جمعت حلالا وحرامًا في البيع في آن واحد.

---

(١) انظر: مطالب أولي النهى ٣/٤٧، المبدع لابن مفلح ٤/٣٨.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٨٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢١٧، وفي التاج والإكليل ٤/٢٧٥ «قال مالك: إن لم يتناجزا في الصرف فهو مفسوخ».

(٤) مغني المحتاج للشربيني ١/٤١٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٨.

٧- لا يجوز شراء أسهم من شركة تتاجر فيما هو حرام وحلال؛ لكون الصفقة حينئذ تجمع بين شيئين أحدهما حلال والآخر حرام؛ فيبطل الشراء في الكل فيما لو غلب الحرام في معاملات هذه الشركة على الحلال فيها[١].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) مستفاد من صياغة قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام» في قسم القواعد الفقهية.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣١٩

نص الضابط: البَيعُ مَبْنِيٌّ عَلَى رَفْعِ الجَهَالَةِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- الجهالة تُنافي البيع[(٢)].

٢- الجهالة مانعة من عقد البيع[(٣)].

٣- الجهالة تفسد البياعات[(٤)].

٤- عقد البيع لا يشرع مع الجهالة[(٥)].

صيغ ذات علاقة:

١- جهالة المبيع والثمن مفسد للبيع[(٦)]. (بيان).

---

(١) الموافقات للشاطبي ٣/٢٠٢.

(٢) القواعد والفوائد الأصولية للبعلي ص ٢٠٩ (القاعدة ٣٧).

(٣) الفروق للقرافي ٢/٢٠٦، وفي تهذيب الفروق (مطبوع مع الفروق) لمحمد علي المالكي ٢/٢٠٦: «الجهالة مانعة من صحة عقد البيع» وفي ترتيب الفروق للبقوري ١/٣٧١ «الجهالة ممنوعة في البيع».

(٤) الفروق ٤/٣٣.

(٥) تهذيب الفروق ٣/٢٤٥ وفي الفروق ٣/٢٤٥ «لا يشرع عقد البيع مع الجهالة».

(٦) مجمع الأنهر لداماد أفندي ٣/٤٦.

٢- لا يجوز البيع بثمن مجهول ولا إلى أجل مجهول[١]. (بيان).

٣- لا يحل بيع مجهول الصفة[٢]. (بيان).

شرح الضابط :

هذا الضابط يقرر أن من شروط صحة البيع، العلم بالنواحي الأساسية المتعلقة به، كالعلم بالمبيع والثمن والأجل ونحو ذلك، علمًا يرفع النزاع بين طرفي العقد (البائع والمشتري)، فإن وُجدت مثل هذه الجهالة فإن البيع يفسد؛ لأن الجهالة التي توجب المنازعة تمنع التسليم والتسلم، وبدونهما يكون البيع فاسدًا؛ لأنه لا يفيد مقصوده[٣].

وما ذُكر هو المراد بـ(رفع الجهالة) عن البيع (في نص الضابط)، وكذا هو المراد بما جاء في الصيغ الأخرى للضابط التي تفيد أن الجهالة مطلقًا مانعة من صحة البيع، مثل:

- الجهالة مانعة من عقد البيع[٤].
- الجهالة تنافي البيع[٥].
- عقد البيع لا يشرع مع الجهالة[٦].
- الجهالة تفسد البياعات[٧].

---

(١) المحلى لابن حزم ٧/٣٦٧.

(٢) المحلى ٧/٢٩٥.

(٣) انظر: عقد البيع للزرقا ص ٤١، تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٢/٤٥.

(٤) الفروق ٢/٢٠٦، وانظر: تهذيب الفروق ٢/٢٠٦.

(٥) القواعد والفوائد الأصولية ص ٢٠٩ (القاعدة ٣٧).

(٦) تهذيب الفروق ٣/٢٤٥، وانظر: الفروق ٣/٢٤٥.

(٧) الفروق ٤/٣٣.

فليس المراد بـ(الجهالة) المفسدة للبيع، في هذه الصيغ ونحوها، هي مطلق وجود الجهالة؛ إذ من المعلوم والمقرر أن الجهالة اليسيرة لا تضر في العقود[١]، إنما المراد: الجهالة المؤثِّرة التي تقدم القول في وصفها بأنها تكون مثار نزاع، واختلاف بين البائع والمشتري.

وقد دَقَّق فقهاء الأحناف في التعبير عن مضمون هذا الضابط، فقيّدوا الجهالة المفسدة للبيع بأنها هي التي تُفضي إلى المنازعة، وعلى هذا جرت عباراتهم كما في النصوص التالية:

- كل جهالة مفضية إلى المنازعة، تمنع جواز البيع[٢].
- الجهالة التي تفضي إلى المنازعة تُفسد البيع[٣].
- كل جهالة - في البيع - تفضي إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم، يجب إزالتها[٤].

هذا، ولبعض أهل العلم كالقرافي تفصيل حسن عن أنواع الجهالات التي تدخل في البيع، فمن ذلك:

- الجهل بجنس المبيع، كأن يقول: بعتك سلعة مثلا (ولم يسمّها)، فلا يُعلم ما هي تلك السلعة أصلا.
- الجهل بنوع المبيع، كأن يقول: بعتك سيارة (ولم يسمّها)، فلا يُدرى ما هي نوعية السيارة المبيعة، ومن أي شركة هي؟

---

(١) انظر: الفروق ٣/٤٣٢-٤٣٣، الخيار وأثره في العقود لعبد الستار أبو غدة ١/٩٢.
(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/٢٢.
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥/٣٨.
(٤) المبسوط ١٢/١٢٤.

- الجهل بالتمكن من الحصول على المبيع مع العلم بأنه موجود، كبيع الطير في الهواء.

- الجهل بتعيين المبيع كثوب من ثوبين مختلفين.

- الجهل بمقدار المبيع، كالبيع إلى مكان رمي الحصاة.

- الجهل ببقاء المبيع، كبيع الثمار قبل بدو صلاحها.

- الجهل بالأجل إن كان البيع من النوع الآجل.

فهذه أنواع من الجهالات تدخل في البيع، وهي ترجع من حيث الحكم الشرعي إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: جهالة كثيرة ممتنعة إجماعًا كالطير في الهواء، ومن ذلك بيوع الجاهلية التي نَهَى عنها ﷺ، فهي محرمة؛ لما تشتمل عليه من كثرة الجهالة من هذه الجهات المذكورة.

القسم الثاني: جهالة قليلة جائزة إجماعًا.

القسم الثالث: جهالة تتردّد بين كونها كثيرة فاحشة فتكون ممنوعة، وبين كونها قليلة نَزْرة فتكون جائزة، وهذه اختلف فيها أهل العلم، هل تُلحق بالقسم الأول، أو بالثاني[١]؟ مثل بيع اللوز والجوز في قشره، أجازه الحنفية والمالكية والحنابلة، ومنعه الشافعية[٢]، وذلك أن ارتفاع مثل هذه الجهالة عن الجهالة القليلة يجعلها تُلحق بالكثيرة، وانحطاطها عن الكثيرة يجعلها تُلحق بالجهالة القليلة[٣].

---

(١) انظر: الفروق ٣/٤٣٢-٤٣٣، تهذيب الفروق ٣/٤٣٢.

(٢) انظر: الهداية ٣/٢٦، التاج والإكليل للمواق ٤/٢٩٤، الكافي لابن قدامة ٢/١٥، مغني المحتاج للشربيني ٢/٢٠.

(٣) انظر: الفروق وتهذيب الفروق ٣/٤٣٢-٤٣٣.

وبالجملة فمبنى البيع - من حيث الأصل والمبدأ - على أن يكون قائمًا على البيان والوضوح كما يقرّره هذا الضابط[١]، وهو مقصد شرعي يرشد إليه قوله ﷺ عن البيِّعين: «فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما؛ وإن كتما وكذبا مُحقت بركة بيعهما»[٢].

ووجه ذلك أن مقصود البيع تنمية المال[٣]، فإذا كان المبيع مجهولا، ضاع المال المبذول في مقابلته؛ فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه[٤].

أدلة الضابط :

١- حديث النهي عن بيع الغرر[٥]، «وجهالة المبيع غرر» كما قاله البهوتي[٦]، فيشمله النهي عن بيع الغرر»[٧]، وقال ابن حجر في بيان معنى (بيع الغرر): «والمراد به في البيع: الجهل به، أو بثمنه، أو بأجله»[٨]، وقال النووي: النهي عن بيع الغرر أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، ثم ذكر أنه يدخل فيه بيع المجهول[٩].

---

(١) انظر: مجمع الأنهر ٤٦/٣، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٣-١٦٤، الشرح الصغير للدردير ٢٢/٣ والتنبيه للشيرازي ص ٨٨، كفاية الأخيار للحصني ص٢٣٧، الروض المربع للبهوتي٣٧/٢، منار السبيل لابن ضويان ٢٩٠/١، التاج المذهب للعنسي ٣١٣/٢، شرح النيل لأطفيش ٩٥/٨، شرائع الإسلام للحلي ١١١٢/٢.

(٢) رواه البخاري ٣/ ٦٤ (٢١١٠) ، ومسلم ٣/ ١١٦٤ (١٥٣٢) .

(٣) الذخيرة للقرافي ٣٥٤/٤، الفروق ٢٧٦/١.

(٤) انظر: الفروق ٢٧٦/١، ٢٧٧.

(٥) رواه مسلم في صحيحه ١١٥٣/٣ (١٥١٣) من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه، مرفوعًا، وانظر: كفاية الأخيار ص ٢٣٧.

(٦) الروض المربع ٣٧/٢.

(٧) منار السبيل ٢٩٠/١.

(٨) فتح الباري لابن حجر ١٦٢/١، وانظر: شرح النيل ٩٥/٨.

(٩) شرح صحيح مسلم للنووي ١٥٦/١٠.

٢- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ: نهى عن بيع حبل الحبلة، وكان بيعًا يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج التي في بطنها[١]، قال مالك: هذا الحديث أصل في النهي عن البيوع إلى الآجال المجهولة[٢].

٣- قاعدة: «عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة»[٣].

تطبيقات الضابط :

١- ما لا تختلف أجزاؤه: كصُبَر الطعام وزقّ الزيت، لم يجز بيعه إلا برؤية بعض أجزائه؛ لأن رؤية البعض تزيل الجهالة لتساوي أجزائه[٤]، والبيع مبني على رفع الجهالة.

٢- لا يصح بيع النحل في كوّاراتها؛ لأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعًا معها، وهو مجهول[٥]، والبيع مبني على رفع الجهالة.

٣- لو باع طاقة قماش بكاملها (وهي معلومة موجودة أمام المشتري)، كل متر بكذا، فهذا جائز، وكذا إن باع صبرة طعام كلها، وقال: كل كيلو منها بكذا، أو باع قطيع غنم بكامله، وقال: كل شاة منه بكذا، صح ذلك كله؛ لأن المبيع - في جميع هذه الصور- معلوم

---

(١) رواه البخاري ٣/ ٧٠ (٢١٤٣)، ٨٧ (٢٢٥٦)، ٥/ ٤٣ (٣٨٤٣)، ومسلم ٣/ ١١٥٣ (١٥١٤).
وقوله: (تُنْتَج): بضم أوله وفتح ثالثه، أي تَلِدُ وَلَدًا، والناقة فاعل، وهذا الفعل وقع في لغة العرب على صيغة الفعل المسند إلى المفعول، وهو حرف نادر. ومعنى العبارة: أن يبيع بثمن مؤجل إلى أن يَلِدَ وَلَدُ الناقة. انظر فتح الباري ٤/ ٣٥٨ وشرح النووي على صحيح مسلم ١٠/ ١٥٨.

(٢) شرح البخاري لابن بطال ٦/ ٢٧١.

(٣) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: الكافي لابن قدامة ٢/ ١٤.

(٥) المغني لابن قدامة ٤/ ١٧٦، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ٨.

بالمشاهدة، وتقديره بالمتر الواحد، أو الكيلو الواحد، أو الشاة الواحدة: من أجل تقدير الثمن فقط، ولأن الجهالة - على فرض وجودها - بعدم معرفة عدد الأمتار التي هي موجودة في طاقة القماش، وكذا عدم معرفة عدد الكيلوات الموجودة في الصبرة، وعدم معرفة عدد الأغنام الموجودة في القطيع- لا تُفضي إلى المنازعة؛ إذ أن الجهالة هنا تتعلق بالجملة، أما التفصيل فمعلوم مآلا بما يخرج من الأمتار والكيلوات والأغنام، فيصح هذا البيع عند الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد(١)، وكذا عند الصاحبين من الحنفية، والفتوى على قولهما تيسيرًا على الناس(٢).

٤- لا يجوز شراء محصول الحدائق مقدمًا لكذا سنة مثلا؛ لما في ذلك من الجهالة، ولا يجوز الاشتراك في التجارة مع من يتعامل بهذه المعاملة(٣)؛ لأن البيع مبني على رفع الجهالة.

٥- يشترط في بيع السَّلَم: إعلام قدر المـُسلَم فيه؛ لأن ترك بيانه يوجب جهالة مفضية إلى المنازعة(٤)، والبيع مبني على رفع الجهالة.

٦- لا يجوز عند المالكية بيع هواء (أي فضاء) فوق هواء، بأن يقول شخص لصاحب أرض: بِعْني ألف متر - مثلا - فوق ما تبنيه بأرضك، إلا إذا وُصف البناء الأسفل والأعلى لفظًا أو عادة؛ للخروج من الجهالة(٥)، والبيع مبني على رفع الجهالة.

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣/١٥، ١٧، الإقناع للشربيني ٢/٢٧٥، كشاف القناع للبهوتي ٣/١٧٤- ١٧٥ الشرح الممتع لابن عثيمين ٨/١٧٤.

(٢) انظر: مجمع الأنهر ٣/١٥١٧.

(٣) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ١٣/٨٤ (١١٥٩٤).

(٤) تحفة الفقهاء ٢/١١.

(٥) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣/١٤، الشرح الصغير له ٣/٣٠.

٧- في بعض الدكاكين يباع كل شيء بخمسة ريالات أو أكثر، فهذا النوع من البيع صحيح ولا جهالة فيه؛ لأن المشتري لن يأخذ شيئًا إلا وقد علم ما أراد أن يأخذه، فيقول: أخذت الحقيبة، أخذت الكتاب، أخذت القلم، أخذت الساعة بعشرة، فكل شيء معلوم[1]، والبيع مبني على رفع الجهالة.

٨- لو أتى إنسان بكرتون فيه ثياب وعبايات وغير ذلك من الأشياء، كلها مخلوطة، فقال: بعت عليك هذا الكرتون كل فرد منها بدرهم، فلا يصح؛ لأنه مجهول، لكن لو قال: فيه عشرة ثياب، وعشر عبايات، وهكذا كل واحد بكذا، فهذا يصح؛ لأنه معلوم[2]، والبيع مبني على رفع الجهالة.

استثناءات من الضابط :

يصح بيع ما مأكوله في جوفه: كرمان وبطيخٍ ونحوهما، ولو كان ذلك على وجه الجهالة، لوجود الحاجة[3].

د. محمد يحيى بلال

* * *

(١) انظر: الشرح الممتع ٨/١٦٠.
(٢) انظر: الشرح الممتع ٨/١٦٠.
(٣) انظر: الروض المربع ٢/٤٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٢٠

نص الضابط: الأَصْلُ أَنَّ بَيْعَ الغَرَرِ بَاطِلٌ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- مدار البيع على عدم الغرر[٢].

٢- بيع الغرر باطل[٣].

٣- لا يجوز بيع ما فيه غرر[٤].

٤- يحرم بيع الغرر[٥].

٥- البيع يفسد بالغرر[٦].

صيغ ذات علاقة :

١- الجهالة تفسد العقد[٧]. (أعم).

---

(١) المجموع للنووي ٩/٢٥٨.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٣/٤١٧.

(٣) المجموع للنووي ٩/٢٥٨.

(٤) الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٠١، البهجة للتسولي ٢/٤٣.

(٥) البحر الزخار لأحمد المرتضى ٤/٣٠٩.

(٦) فتح القدير لابن الهمام ٢/٢٥٢.

(٧) شرح المجلة للأتاسي ٤/١٠٢، ٢٥٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة».

٢- الجهالة والغرر في العقود اللازمة مبطلان للعقد[١]. (أعم).

٣- الغرر مفسد في المعاملات كلها[٢]. (أعم).

٤- الغرر يُمنع في المعاوضات دون التبرعات[٣]. (أعم).

٥- كل ما يتعذر الاحتراز عنه عادة فهو معفو عنه[٤]. (استثناء عام)

٦- الغرر اليسير في البيع معفو عنه[٥]. (استثناء).

شرح الضابط:

يُعتبر هذا الضابط من الضوابط المهمة في البيوع، وفي ذلك قال النووي: «النهي عن بيع الغرر أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة»[٦].

و(الغرر): ما انطوى عن الإنسان أمره، وخفي عليه عاقبته[٧]، وعرَّف الخطابي بيع الغرر بقوله: كل بيع كان المقصود منه مجهولا غير معلوم، أو

---

(١) انظر: تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٩١/١.

(٢) القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية ـ إعداد اللجنة العلمية في الحوزة الدينية بقم ٦٢٥/٣ طبعة المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ، ص١٠٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «الغرر في العقود مانع من الصحة».

(٣) البهجة للتسولي ١٠٢/٢، ٢٥٠، وانظر القاعدتين: «الغرر في العقود مانع من الصحة»، و«الغرر في العقود مانع من الصحة» في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الفروق للقرافي ١٥٠/٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «كل ما شق الاحتراز منه يعفى عنه».

(٥) شرح اليواقيت الثمينة لأبي عبدالله السجلماسي ٥٩٥/١ وبلفظ آخر: «الغرر النادر مغتفر في البياعات» البهجة للتسولي ٥٦/٢، وانظر قاعدة: «الحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر» في قسم القواعد الفقهية.

(٦) انظر: شرح النووي على مسلم ٢٩٦/٥.

(٧) انظر: المهذب المطبوع مع المجموع ٢٥٧/٩.

معجوزًا عنه غير مقدور عليه، فهو غرر[١]، وأصل الغرر: هو الذي لا يدرى هل يحصل أم لا؟ كالطير في الهواء، أو السمك في الماء، وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول، كبيع ما في كمه، فهو يحصل قطعًا، لكن لا يدرى أي شيء هو؟ فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص منه من وجه، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه، وقد يتوسع العلماء في هذين المصطلحين فيستعملون أحدهما موضع الآخر[٢].

والغرر والجهالة في البيع على ثلاث مراتب:

الأولى: **الجهالة الفاحشة**: وهي الجهالة التي تفضي إلى النزاع، وهي تمنع صحة البيع، ومن ذلك: بيع المنابذة[٣]، والملامسة[٤]، فهذه ونحوها بيوع جاهلية متفق على تحريمها، وهي محرمة؛ لكثرة ما يقع فيها من الغرر الشديد والجهالة الفاحشة.

الثانية: **الجهالة اليسيرة**: وهي الجهالة التي لا تؤدي عادة إلى المنازعة، وهي جائزة اتفاقًا، وتصح معها العقود، وذلك كأساس الدار، وحشوة الجبة، ونحو ذلك.

الثالثة: **الجهالة المتوسطة**: وهي ما كانت دون الفاحشة وفوق اليسيرة، وقد اختلف فيها الفقهاء: هل تُلحق بالمرتبة الأولى أو الثانية؟[٥]، ومثالها: ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهي عن بيع السنبل حتى يَبيَضَّ[٦].

---

(١) عون المعبود لعظيم آبادي ١٦٥/٩.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ٢٢٥/٣.

(٣) (المنابذة): طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلِّبَه أو ينظر إليه. صحيح البخاري ٧٠/٣ (٢١٤٦)، ومسلم ١١٥١/٣(١٥١١).

(٤) (الملامسة): لمس الثوب لا ينظر إليه. صحيح البخاري ٧٠/٣(٢١٤٦)، ومسلم ١١٥١/٣(١٥١١).

(٥) انظر: الفروق للقرافي ٢٦٥/٣، تهذيب الفروق لمحمد علي بن حسين المكي ٢٧٠/٣- ٢٧٢.

(٦) رواه مسلم ٣/ ١١٦٥ – ١١٦٦ (١٥٣٥) عن عبد الله بن عمر بن الخطاب، رضي الله عنهما.

والجهالة في البيع قد تكون في صيغة العقد، أو في المبيع، أو في الثمن، أو غير ذلك[١].

أ - **الجهالة في صيغة العقد**: الجهالة في صيغة العقد تكون بإجراء العقد على صفة لا تفيد العلم الذي يقطع النزاع، كبيعتين في بيعة، وكبيع الملامسة والمنابذة، وكأن يدفع شخص شيئًا لآخر، من غير بيان أن ذلك على سبيل البيع المقتضي لدفع الثمن، أو على سبيل الهبة بلا مقابل.

ب- **الجهالة في المبيع**: وهي تتحقق بالجهل بذات المحل الذي انعقد عليه البيع، كما لو باع قطيعًا إلا شاة غير معيّنة، أو شاة من هذا القطيع، وأما لو عيِّن المستثنى فإن البيع صحيح؛ لزوال الجهالة، ولا يصح بيع مجهول الصفة الغائب عند جمهور الفقهاء؛ إذ لا بد من ذكر جميع الأوصاف؛ قطعًا للمنازعة الناشئة عن الجهالة، وذهب بعض الحنفية وبعض الشافعية إلى صحة بيع مجهول الصفة؛ لأن للمشتري خيار الرؤية الثابت له، فله أن يردّ المبيع عند رؤيته، وبذلك تنتفي الجهالة[٢].

ج - **الجهالة بالثمن**: الجهالة بالثمن قد تكون جهلا بالذات، كما لو باع سلعة بمائة شاة من هذا القطيع فلا يجوز[٣]، وقد تكون جهلا بالنوع، فلا يبين هل الثمن ريالات أو دنانير أو جنيهات أو غير ذلك، وفيها قال النووي: لا خلاف في أنه يشترط العلم بنوعها[٤]،

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٦/١٧٠ وما بعدها.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٢٩ - ٣٠، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٧، المجموع ٩/٢٨٨، المغني لابن قدامة ٤/١٠٩.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٢/٦٣، كشاف القناع للبهوتي ٣/١٧٣.

(٤) انظر: المجموع ٩/٣٢٨، ٣٢٩.

وقد يكون جهلا بصفة الثمن[١]، فلا يبين هل هو معجل أو مؤجل أو نحو ذلك، وقد يكون جهلا بمقدار الثمن، فلا يبين: هل هو عشرون أو ثلاثون، وقد يكون جهلا بأجل الثمن، فلا يبين: هل يدفعه بعد شهر أو شهرين أو غير ذلك، وفيها قال النووي: اتفقوا على أنه لا يجوز البيع بثمن إلى أجل مجهول[٢].

والحاصل من تقرير هذا الضابط أن البيوع إذا وقعت فيها أسباب الغرر أو الجهالة أبطلتها باعتبار الأصل، سواء كان الغرر أو الجهالة في الثمن أو المثمن؛ لكون البيع من المماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال، ووقع الغرر أو الجهالة فيها يفضي إلى المغابنة والمنازعة، وكلتاهما مرفوعتان في الشرع، هذا إن كان في مقدور المكلفين عادة التحرز من الغرر والجهالة، أمَّا إن تعذر عليهم ذلك فلا يكون للجهالة أو الغرر أثر في إبطال البيوع في موضع التعذر؛ لما هو مقرر شرعًا: أن كل ما يتعذر الاحتراز عنه عادة معفوٌّ عنه[٣]، والتعذر قد يكون بأحد سببين:

١- أن يكون قدر الغرر أو الجهالة يسيرًا، يتسامح الناس فيه عادة، وقلَّمَا تخلو منه صورة من صور البيع، فلو أُبطلت البيوع لما يقع فيها من الغرر اليسير والجهالة اليسيرة؛ لكان في ذلك حرج شديد بالعباد، وتعطيل لمصالحهم، ولما أجمع عليه العلماء من أن الغرر اليسير مغتفر، ومثلوا له بأساس الدار المبيعة، والجبة المحشوة، واللحاف المحشو، والشرب من السقاء[٤]، وما جرى بين الفقهاء من اختلاف

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٥/٨٣، مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٧٦، كشاف القناع ٣/١٧٤.
(٢) انظر: فتح القدير ٥/٨٣- ٨٤، القوانين الفقهية ص ٢٥١، المجموع ٩/٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٩، كشاف القناع للبهوتي ٣/١٧٤.
(٣) الفروق للقرافي ٢/١٥٠.
(٤) انظر: شرح الخرشي ٥/٧٥، التاج والإكليل للمواق ٦/٢٣٠.

في هذا الموضع فمحله تحقيق المناط، فما يعتبره بعضهم غررًا يسيرًا يجري فيه العفو، قد يعتبره آخرون غررًا فاحشًا لا يجري فيه العفو؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الأعصار والأمصار.

٢- إذا كان لا يمكن تجنب الغرر أو الجهالة في ضرب من أضرب البيع الضروري، ، فإنه يكون ساقط الاعتبار ولو كان فاحشًا؛ لما هو مقرر شرعًا من أن ما ليس في وسع الإنسان الاحتراز عنه يسقط اعتباره[١]، كالبيع الواقع على المستور بحائل من أصل خلقته، كالرمان والبيض والجوز واللوز والباقلاء الأخضر في قشرته، والبطيخ والحب المشتد في سنبله، فهذه الأشياء وما في حكمها مما تقوم به مصالح الناس ولابد لهم منه - لا يمكن بيعها إلا على هذا الوجه، ولا سبيل إلى الاحتراز من ذلك؛ لما فيه من غاية الحرج والعسر، فجرى فيها العفو والمسامحة، أمَّا إن كان المبيع مستورًا بحائل ليس من أصل خلقته، كالنباتات المغيبة أصولها في الأرض كالجزر والفجل والثوم والبصل، أو كان من المقاثي التي تتابع بطونها ويتكرر حملها لقطة لقطة، أو هي ما تعرف بالثمار المتلاحقة الأجزاء[٢]، كالقثَّاء والخيار والباذنجان والبرسيم ونحو ذلك، فقد اختلف الفقهاء في حكم جواز بيعها - بعد بدو صلاحها - إلى عدة أقوال: ما بين موسع كالمشهور في مذهب المالكية؛ حيث لم يشترطوا سوى بدو صلاح بعض جنسه وإمكان حصول الانتفاع به، ومضيق كالجديد من مذهب الشافعية وأهل الظاهر؛ حيث إنهم اشترطوا رؤية ما يقع عليه البيع، ومتوسط كالحنفية وبعض المالكية والقديم من مذهب الشافعية والحنابلة؛

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٣٩/٢، الفروق للقرافي ١٥٠/٢.

(٢) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣١٢/٣.

حيث إنهم يشترطون تقليل قدر الغرر والجهالة باستعمال ما أمكن من الوسائل، كالاكتفاء برؤية بعضه إذا دلت على الباقي، وكتحكيم أهل الخبرة ممن يستدلون برؤية ورق هذه المدفونات على حقيقتها، على أن يرجع إلى الصالحين في كل شيء من أهل الخبرة فيه[١]، وبهذا يتبين أن ما وقع من اختلاف بين الفقهاء في هذا الموضع فمحله تحقيق مناط الضابط، أمَّا أصل الضابط، وهو كون الغرر مؤثرًا في البيوع، فمعمول به لدى الفقهاء، مرعي عندهم فيما أوردوه من تطبيقات.

أدلة الضابط :

١- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر»[٢].

٢- نهى رسول الله ﷺ عن (المنابذة)، وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلِّبه، أو ينظر إليه. ونهى عن (الملامسة)، و(الملامسة): لمس الثوب لا ينظر إليه[٣].

٣- عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: قال رسول الله ﷺ:

---

(١) انظر المسألة بالتفصيل في: شرح الخرشي ١٨٥/٥، حاشية الدسوقي ١٨٢/٣، المنتقى للباجي ٢٢٠/٤، مواهب الجليل للحطاب ٥٠٥/٤، التاج والإكليل للمواق ٢٣٠/٦، ٤٥٤، شرح ميارة ٢٧٨/١، الفروق للقرافي ١٧٠/١، الفواكه الدواني للنفراوي ٩٣/٢، الأم للشافعي ٨٣/٣، المجموع للنووي ٣٧٤/٩، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٢٤/٤، إعلام الموقعين لابن القيم ٢٣٥/١، القواعد لابن رجب ص ١٠٧، المغني لابن قدامة ٧٨/٤، الإنصاف للمرداوي ٦٨/٥، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣٥/٣، المحلى لابن حزم ٣١١/٧.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١١٥٣/٣ (١٥١٣).

(٣) رواه البخاري ٧٠/٣ (٢١٤٦)، ومسلم ١١٥١/٣ (١٥١١) من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه.

«لا تشتروا السمك في الماء؛ فإنه غرر»[١].

٤- عن جابر - رضي الله عنه - أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثُّنْيَا إلا أن تُعلم»[٢]، والمراد بـ(الثُّنْيا): الاستثناء في البيع، كأن يتفقا على بيع هذه الأشجار إلا بعضها، فلا يصح البيع؛ لأن المستثنى مجهول.

تطبيقات الضابط :

١- لا يجوز بيع الطير في الهواء، ولا السمك في الماء، ولا الفرس الشارد؛ لما في ذلك من الغرر[٣]، والغرر بنافي البيوع.

٢- لو قال لصاحبه: بعتك شاة من هذا القطيع فالبيع باطل[٤]؛ لأن الغرر يبطل البيع.

٣- لو قال لصاحبه: بعتك الثوب الذي في كُمِّي فهو غرر لا يجوز[٥]؛ لأنه لا يجوز بيع ما فيه غرر.

٤- لو باعه كتابًا ولم يعيّنه بشخصه أو بوصفه الرافع للجهالة -لم يصح العقد[٦]؛ لأن الغرر ينافي البيع.

---

(١) مسند أحمد ٨/٢٧٥.

(٢) رواه أبو داود ٣/٢٦٢ (٣٤٠٥)، والترمذي ٣/٥٨٥، (١٢٩٠)، والنسائي ٧/٣٧ (٣٨٨٠)، ورواه مسلم ٣/١١٧٥ دون قوله: «إلا أن تعلم»، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب.

(٣) انظر: البناية للعيني ٦/٢٥٣، البحر الزخار لأحمد المرتضى ٤/٥٠٠، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/١٦٩.

(٤) انظر: المجموع ٩/٢٨٦- ٢٨٧.

(٥) انظر: المحصول لابن العربي ١/١٠٢- ١٠٣.

(٦) انظر: تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/٩١.

٥- لا يجوز بيع ما يتعذر تسليمه حال البيع أو الاطلاع على كنهه؛ لأنه غرر[١]، والغرر ينافي البيع.

٦- لا يجوز بيع المنقول قبل قبضه؛ لما فيه من غرر انفساخ العقد بهلاكه[٢]، ومدار البيوع على عدم الغرر.

٧- لا يجوز أن يشتري ما يخرج من الأرض شهراً بعد شهر أو سنة بعد سنة؛ لأن ذلك متفاوت ويقل ويكثر[٣]، وهذا غرر ينافي البيع.

٨- لا يصح بيع دار لم يرها العاقد، ولم يعرف حدودها؛ للجهالة والغرر[٤]؛ لأن مدار البيع على عدم الغرر.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: السيل الجرار للشوكاني ٣/٤٢.
(٢) انظر: حاشية الطحطاوي ٣/١٠٠.
(٣) انظر: الأحكام في الحلال والحرام ليحيى بن الحسين بن القاسم ٢/٥٣.
(٤) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٣٥.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٢١

نص الضابط: بَيعُ المشَاعِ جَائِزٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- بيع الشائع جائز[٢].

٢- الشيوع لا يمنع جواز البيع[٣].

٣- البيع الصحيح لا يضر فيه الشيوع[٤].

٤- يجوز ابتياع جزء من معلوم بالنسبة مشاعًا[٥].

٥- بيع حصة شائعة معلومة قبل الإفراز صحيح[٦].

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٨/٢٤، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ٢/٥٩٢، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٣/٢٤٢ وانظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٢٠، المحلى لابن حزم ٧/٣٧، ١٧٩.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٧٦، البحر الرائق لابن نجيم ٥/٣١٦، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/٧.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٣٨.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤٤١.

(٥) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٢/١٢.

(٦) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٨٨.

صيغ ذات علاقة :

١- عقد التمليك يصح في المشاع[١]. (قاعدة أعم).

٢- إنما الشُّفْعة في المشاع[٢]. (أخص).

شرح الضابط :

(المشاع) في اللغة: ما ليس بمقسوم ولا معزول، يقال: نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ومشاع فيها، أي ليس بمقسوم ولا معزول، وسهم شائع: أي غير مقسوم[٣].

وشاع اللبن في الماء : إذا تفرق وامتزج به، ومنه قيل: سهم شائع كأنه ممتزج لعدم تميزه[٤].

والمراد بالمشاع هنا : ما اختلطت فيه الأنصباء ولم تتميز؛ لكثرة أصحابها، أو انتشارهم، أو لغير ذلك[٥].

والمعنى الإجمالي للضابط : هو جواز بيع جزء غير معيَّن ولا مقسوم من المبيع، بشرط أن يكون المبيع معلوم المقدار، وأن يكون هذا الجزء معلومًا أيضًا، ككونه نصف المبيع أو ثلثه أو ربعه أو نحو ذلك.

فلو ملك اثنان عينًا كسيارة مثلا مِلكًا مشاعًا: لأحدهما ثلثها، وللآخر

---

(١) العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/٢٨، وانظر: المبسوط للسرخسي ١٢/٦٤.

(٢) الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٥٠، شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني لعلي أبي الحسن المالكي ٢/٢٥٠، ٢٥٢، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «لا شفعة إلا لشريك في مشاع من الأصول».

(٣) انظر: لسان العرب لابن منظور (شيع).

(٤) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي ١/٣٢٩ (شاع).

(٥) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨/٣٢٩.

ثلثاها، وأراد صاحب الثلث أن يبيع ثلثه جاز له ذلك، وهذا ما اتفق عليه كافة الفقهاء[(١)]، سواء كان البيع من الشريك أو من الأجنبي[(٢)]، وسواء كان المشاع من عرض أو حيوان أو عقار[(٣)]، وسواء كانت أجزاؤه متساوية أو متفاوتة[(٤)].

وقد اشترط الفقهاء لجواز بيع المشاع عدة شروط منها:

١- أن يكون الجزء المبيع شائعًا غير معيَّن، فإن كان معينًا معلومًا مفرزًا لم يجز بيعه.

فلو باع الشريك نصفًا معينًا من الدار المشتركة على وجه الشيوع بينه وبين شريكه الآخر؛ فإن البيع لا يجوز.

وكذا لو باع الشريك غرفة معينة من الدار المشتركة بينه وبين آخر لأجنبي؛ فالبيع غير صحيح في حصة البائع ولا في حصة شريكه؛ لأن الغرفة التي بيعت ليست للبائع فقط، بل للشريك الآخر شركة في كل جزء منها، كما للأول.

٢- أن لا يبيع الشريك إلا حصته من العين المشتركة، فلو باع حصة الشريك لم يلزم البيع، وكان كالبيع الفضولي في الحكم.

٣- أن لا يترتب على بيع الشائع ضرر يلحق الشركاء أو غيرهم؛ لأنه «لا ضرر ولا ضرار»[(٥)].

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٢٤٠، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/١٢٦.

منح الجليل لعليش ٥/٤٢٤، نهاية المحتاج للرملي ٥/٢٧٨، الفروع لابن مفلح ٤/٤٣٤، المحلى لابن حزم ٨/٧٣، التاج المذهب للعنسي ٢/٣٣٢، شرائع الإسلام للحلي، شرح النيل لأطفيش ٨/٣٢٩.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٢٤٠، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/١٢٦.

(٣) انظر: منح الجليل لعليش ٥/٤٢٤.

(٤) انظر: شرائع الإسلام ٢/٥١.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٨٩- ١٩٠.

أدلة الضابط :

١- عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ووجه الاستدلال: أن الآية عامة يدخل فيها جميع البيوع، إلا ما ورد الشرع بمنعه، فيدخل في الآية بيع المشاع؛ لأنه لم يرد نص في منعه، فيبقى على أصل الحل[١].

٢- إجماع العلماء على جواز بيع المشاع سواء كان مما يحتمل القسمة، أو مما لا يحتمل القسمة[٢].

٣- ولأن لكل أحد أن يتصرف في ملكه كما يشاء، وهذا البيع من جملة التصرفات[٣].

٤- ولأن بيع المشاع لا يؤدي إلى الجهالة والغرر، فإذا كان المبيع معلوم المقدار فباع ثلثه، فالباقي الثلثان، وإذا باع ربعه، فالباقي ثلاثة أرباعه، وهكذا، فالكل معلوم، والنصيب المبيع من الكل محسوب[٤].

٥- ولأن الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع، فإذا باع وخلَّى بينه وبين المشتري، خرج عن ضمان البائع، ودخل في ضمان المشتري، وملَكَه المشتري وإن كان البيع فاسدًا، والخروج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري مبني على القبض[٥].

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٧/٨.

(٢) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٢٦/٥.

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢٥٠/٢.

(٤) انظر: المغني ٨٤/٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٢٠/٦، درر الحكام ٤٤١/٢، العناية شرح الهداية للبابرتي ٢٨/٩.

٦- قاعدة: «الأصل في البيوع الإباحة»، ومنها بيع المشاع قال الإمام الشافعي: «أصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزَي الأمر فيما تبايعا، إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها»[١].

تطبيقات الضابط:

١- يجوز بيع نصف من بهيمة أو ثوب أو خشبة أو أرض أو شجرة أو نحو ذلك[٢]، وكذلك يجوز بيع ثلث من سيف أو سكين أو إناء أو نحوها بثمن معلوم[٣]؛ لأن المبيع حصة معلومة شائعة، وبيع المشاع جائز.

٢- إذا باعه نصف هذه الصُّبْرة (الكومة) أو ثلثها أو ربعها أو عُشرها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة، أو باعها إلا نصفها أو إلا ربعها أو غير ذلك صح البيع[٤]؛ لأن بيع المشاع جائز.

٣- إذا قال شخص لآخر: بعتك هذه الخمسون كيلة حنطة على أن لي الخيار في نصفها، فقال المشتري: اشتريت أو قبلت، فالبائع يكون مخيرًا في نصف المبيع، أي في الخمس والعشرين كيلة حنطة، فإذا كان ثمن المبيع معلومًا، فيكون ثمن نصفه معلومًا، والشيوع لا يمنع الصحة والجواز[٥].

---

(١) الأم للشافعي ٣/٣.

(٢) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٤/٢، الإنصاف للمرداوي ٤٣٧/٤، الروضة البهية للجبعي ٢٦٧/٣.

(٣) انظر: الأم ١٩٤/٣، المجموع شرح المهذب ٣١٧/٩.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٧٥/٥، المغني ٨٤/٤، ٨٥، المحلى ٣٤٦/٧- ٣٤٧.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٩٢/١.

٤- إذا باع إنسان من آخر حصته في الدار الفلانية، فإذا كان الآخر عالمـًا بمقدار حصته في تلك الدار؛ فالبيع صحيح إن كان البائع أيضًا عالمـًا بمقدار حصته، أو مصدقًا للمشتري فيما بينه من مقدار حصته[١].

٥- يجوز بيع عشرة أسهم أو أقل أو أكثر من مائة سهم من دار أو غيرها بالاتفاق؛ لأن العشرة منها اسم بجزء شائع، والسهم أيضًا اسم لشائع، لا لموضع معين، وبيع الشائع جائز، فتصير له عشرة أسهم، فيكون شريكًا له تسعون سهما، فلا يؤدي إلى المنازعة[٢].

٦- من باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام، فالبيع جائز عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن؛ لأن بيع العشرة من المائة شائع، فكأنه باع عُشْر المائة، وبيع الشائع جائز اتفاقًا[٣].

براء الإدلبي

* * *

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٨٨.

(٢) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/١٤.

(٣) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/٧، البحر الرائق ٥/٣١٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٢٢

نص الضابط: الأَشْيَاءُ التِي تُبَاعُ عَلَى مُقْتَضَى أُنْمُوذَجِهَا تَكْفِي رُؤْيَةُ الأُنْمُوذَجِ مِنْهَا[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- ما يُعرض للبيع بالأنموذج رؤية بعضه كرؤية كله[٢].

٢- الأشياء التي لا تتفاوت آحادها يكتفى برؤية بعضها في البيع[٣].

٣- المبيع إذا كان متساوي الأجزاء تكفي رؤية بعضه[٤].

٤- الشيء المتفق تقوم رؤية بعض أجزائه مقام الرؤية لجميعها في البيع[٥].

٥- تكفي رؤية المبيع الدالّ على باقيه[٦].

---

(١) درر الحكام لعلي حيدر ١/٣٢٤، شرح المجلة للأتاسي ٢/٢٧٣، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/١٥٢، مرشد الحيران لقدري باشا ص٤٦، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢/٥٩.

(٢) انظر: الاختيار للموصلي ٢/١٧، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/١٥٢ وأصل العبارة: «ما يُعرض بالأنموذج رؤية بعضه كرؤية كله».

(٣) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٢/٢٧٥.

(٤) انظر: مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ص١٣٢.

(٥) انظر: السيل الجرار للشوكاني ٣/٩٩.

(٦) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤/٢٦٨.

صيغ ذات علاقة :

١- الأصل أن المبيع إن كان أشياء، وكان من العدديات المتفاوتة - لا يسقط الخيار إلا برؤية الكل[١]. (قسيم).

٢- رؤية البعض قد أقيمت في الشرع مقام رؤية الكل[٢]. (قاعدة أعم).

٣- لا يصح بيع الأُنموذج[٣]. (مخالفة).

شرح الضابط :

(**الأُنموذج**) بضم الهمزة: ما يدل على صفة الشيء، وهو معرب، وفي لغة (نَمُوذَجٌ) بفتح النون والذال معجمة مفتوحة مطلقًا، قال الصنعاني: النموذج مثال الشيء الذي يعمل عليه، وهو تعريبُ (نَمُوذَهُ)، وقال: الصواب (النَّمُوذَجُ)؛ لأنه لا تغيير فيه بزيادة[٤].

ومعنى الضابط : أن الأشياء المتماثلة في أوصافها يجوز أن تباع إذا رأى المشتري بعض آحادها، ولا يُشترط رؤيته لجميعها، إلا أن ما يعرض بالنموذج، إنما يلزم المشتري إذا كان ما لم يرَه يساوي أو أعلى منه في الجودة ما رآه، أما إذا كان أدنى مما رأى؛ فهو حينئذ بالخيار إن أمضى البيع وإن شاء فسخه؛ لأنه إنما رضي بالصفة التي رأى، فإذا تغير لم يتم الرضا[٥].

---

(١) مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/١٥٣- ١٥٤.

(٢) الحاوي للماوردي ٦/١٨.

(٣) كشاف القناع عن متن الإقناع ٨/٤٥٧، مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ص ١٤٣.

(٤) انظر: المصباح المنير للفيومي ٢/٦٢٥ ط/ المكتبة العلمية بيروت، حاشية ابن عابدين ٤/٦٦، منهاج الطالبين ٢/١٦٥، كشاف القناع عن متن الإقناع ٣/١٦٣.

(٥) انظر: المبسوط ١٣/٧٢.

ويختلف نوع هذا الخيار، ففي بعض الصور يكون خيار عيب، وهو ما إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حدِّ العيب، وإلى خيار رؤية إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم المعيب بل الدون، وقد يجتمعان (خيار العيب وخيار الرؤية) فيما إذا اشترى ما لم يره، فلم يقبضه حتى ذكر له البائع عيبًا به، ثم أراه المبيع في الحال[١].

وضابط الخيار من عدمه فيما يعرض بالنموذج مما لا يعرض هو ما ذكره السرخسي بقوله: «الأصل أن كل ما يعرض بالنموذج، فرؤية جزء منه يكفي لإسقاط الخيار، وما لا يعرض للأنموذج فلا بد من رؤية كل واحد منهما لإسقاط الخيار»[٢].

والمناط في الفرق: تفاوت الآحاد من عدمه، وعرْضُه في العرف بالنموذج وعدمه.

مثاله: الأصل في النموذج أن يكون في المكيل والموزون مما لا تتفاوت آحاده، فلو كان نوع من الثياب لا تتفاوت آحاده كذلك ويعرض بالنموذج، فهو في حكم المكيل والموزون[٣]، وهكذا القياس في كل ما وصفه مثل هذا، مما يفتح المجال لدخول ما استجد من السلع والبضائع.

وجمهور الفقهاء عدا الحنابلة وابن حزم[٤] على العمل بهذا الضابط.

---

(١) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/٢٦.

(٢) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/٢٦.

(٣) انظر: رد المحتار ٤/٥٩٨.

(٤) انظر: الاختيار شرح المختار ٢/٤، ٥، حاشية ابن عابدين ٤/٥، ٢١، ٦٥، ٦٦، جواهر الإكليل ٢/٢، ٦، ٩، الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٤١، ٤٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٣/٢٤، ٢٥، المجموع للنووي ٩/٣٢٧، ٣٣٣، حاشية عميرة على شرح المنهاج ٢/١٥٢، ١٥٣، ١٦١، ١٦٥، كشاف القناع ٨/٤٥٧، المحلى ٨/٤٥٧، التاج المذهب لأحكام المذهب ٣/٣٨٥، الروضة البهية ٢/٢٧٤، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢/٥٩.

أدلة الضابط :

١- الاكتفاء برؤية نموذج من الأشياء المتماثلة يتماشى مع مبدأ التيسير والتخفيف في الشريعة؛ لأن منع ذلك فيه مشقة وعسر على التجار، والمشقة تجلب التيسير[١]، فالبيع بالنموذج مما عمت به البلوى بين الناس؛ فأجيز رفعًا للحرج[٢].

٢- ولأن المقصود معرفة صفة المبيع، فبرؤية الأنموذج يحصل ذلك، وقد جرى العرف بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد، ولوقوع العلم به بالباقي[٣]؛ لأن رؤية البعض تُعَرِّف الباقي[٤].

تطبيقات الضابط :

١- غُرف المبنَى المبيع إذا كانت مبنية على نسق واحد تكفي رؤية واحدة منها[٥].

٢- الأحذية المبيعة إذا كانت مصنوعة على نسق واحد تكفي رؤية واحد منها[٦].

٣- يكفي رؤية بعض المثلي المبيع كالقطن والكتان[٧]، ويكفي رؤية

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ١/١٦٠.
(٢) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ٢/٢٤.
(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٣٣٤، تبيين الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه ٤/٢٦.
(٤) رد المحتار ٤/٥٩٧.
(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/١٦٨.
(٦) انظر: تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢/٥٩، ٦٠.
(٧) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣/٢٤.

نموذج من الموزونات المبيعة كالفاكهة، أو نموذج من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض[1].

٤- إن كان المبيع مغيبًا في الأرض مما يكال أو يوزن بعد القلع، كالثوم والبصل، تكون رؤية البعض كرؤية الكل؛ فيصح البيع إذا وجد الباقي كذلك[2].

٥- لو كان المبيع أثوابًا متعددة هي من نمط واحد لا تختلف عادة، يكفي رؤية ثوب منها؛ لأنها تباع بالنموذج في عادة التجار، إلا إذا ظهر تفاوت في قيمتها، فالمشتري بالخيار[3].

٦- شراء ما في الظروف من السلع، كالزيت والسمن والعسل والزبدة، وغيرها من كل ما يحتاج إلى الظرف - إذا رآه المتعاقدان أو رأيا نموذجه، وكان الظرف متناسب الأجزاء في الرقة والثخانة؛ فهو جائز[4].

٧- ومن هذا القبيل ما يوجد اليوم عند تجار الأقمشة من عيِّنات لأنواع القماش المراد بيعه، يقوم البائع بعرضها على المشتري، فإذا رغب المشتري بنوع منها باعه البائع قماشًا مماثلا لها في المواصفات.

٨- يكفي رؤية سيارة واحدة لشراء سيارات متحدة المواصفات، ولا يشترط رؤية الجميع.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: الاختيار للموصلي ١٧/٢.

(٢) انظر: مجمع الأنهر لداماد أفندي ٣٧/٢.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٩٧/٤، التاج المذهب لأحكام المذهب ٤٠٢/٢.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٧٢/١٣، مواهب الجليل للحطاب ٢٨٧/٤، حاشية قليوبي ٢٠٦/٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٢٣

نص الضابط: كُلُّ مَا جَازَ بَيعُهُ مُنْفَرِدًا جَازَ اسْتِثْنَاؤُهُ مِن المَبِيعِ، وَمَا لَا فَلَا[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- استثناء الشيء الذي يجوز بيعه منفرداً من البيع جائز، واستثناء الشيء الذي لا يجوز بيعه منفرداً عن المبيع غير جائز[٢].

٢- لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه منفرداً[٣].

٣- ما لا يجوز بيعه منفرداً لا يجوز استثناؤه من المبيع[٤].

٤- ما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح استثناؤه[٥].

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٣٩٥ ط/ دار الجيل، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٩٣.

(٢) شرح المجلة العدلية للمحاسني ١/١٧٧، وانظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٣٩١.

(٣) حاشية الروض لابن قاسم ٤/٣٥٧.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٣٩٩.

(٥) كشاف القناع للبهوتي ٣/١٧٢.

صيغ ذات علاقة :

كل ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه من العقد، وما لا فلا[١]. (أعم).

شرح الضابط :

يفيد هذا الضابط : أن الشيء المستقل بنفسه إذا جاز أن يقع عليه عقد البيع منفردًا جاز استثناؤه من المبيع، أما إذا لم يجز بيعه منفردًا فإنه لا يجوز استثناؤه منه، سواء كان ذلك الشيء مما يدخل تبعًا في المبيع، كالبناء والشجر بالنسبة إلى الأرض الذي هو عليها، أو كان الشيء مما لا يدخل في المبيع تبعًا، بل يجب ذكره فيه، كالحيوان والثياب وغير ذلك[٢].

ويجرنا هذا إلى القيام بتحقيق المناط في الأموال التي يجوز بيعها منفردة، والتي لا يجوز فيها ذلك.

وجملة القول في هذا: أن الأموال التي يجوز بيعها منفردة تنقسم إلى قسمين:

الأول : الأموال التي تدخل في المبيع بغير ذكر، ويجوز استثناؤها منه.

والثاني : الأموال التي لا تدخل في المبيع من غير ذكر، ويجوز استثناؤها منه أيضًا.

أما الأموال التي لا يجوز بيعها منفردة فهي الأخرى على قسمين:

الأول : ما كان فيه غرر، كبيع الجنين منفردًا، وهو ما زال في بطن أمه،

---

(١) تبيين الحقائق ٤/ ١٣، ٢٩٧، ٢٩٨، وانظر: تقريرات البحراوي ١/ ٢٢٤، وانظر قاعدة: «ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد» في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظر: درر الحكام ١/ ١٩٥.

وكذلك الحال في كل ما هو متصل بغيره.

والثاني : ما كان مجهولا كبيع رجل قطيع غنم على أن يبقي له المشتري شاة غير معينة.

والحكم في ذلك : أن الأموال التي يجوز بيعها منفردة يجوز استثناؤها من المبيع ؛ لأن المستثنى معلوم لا جهالة فيه ولا غرر، فكان استثناؤه صحيحًا ؛ إذ لو كان مجهولا لعاد على الباقي بالجهالة ؛ فلم يصح البيع.

أما الأموال التي لا يجوز بيعها منفردة، فإنه لا يجوز استثناؤها من البيع، إما لعلة الجهالة فيها أو لعلة الغرر، وكل مجهول لا يجوز استثناؤه من المبيع ؛ لأن استثناء المجهول من المعلوم يصيِّره مجهولا ؛ فكان البيع فاسدًا[١].

وقسَّم الزيدية البيع مع الاستثناء إلى أقسام:

أ- قسم يجوز بيعه واستثناؤه، وهو الجزء المشاع المعلوم من الحيوان، كبيع شاة واستثناء ربعها.

ب- قسم لا يجوز بيعه ولا استثناؤه، وذلك نحو: الجلد والصوف والعضو المعلوم من الحيوان الحي.

ج- قسم يصح استثناؤه لا بيعه، كالولد واللبن.

د- قسم يصح بيعه لا استثناؤه، وذلك نحو الأرطال المعلومة من المذكى[٢].

---

(١) انظر: درر الحكام ١/١٩٥.

(٢) انظر: التاج المذهب لأحكام المذهب ٣/٤٠٧.

أدلة الضابط :

١- عن جابر، رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ نهى عن الثُّنْيا إلا أن تُعلم[1]، و(الثُّنيا) في البيع : أن يبيع شيئًا ويستثني بعضه.

ووجه الاستدلال : أن الاستثناء في البيع إن كان معلومًا لا يشمله النهي، والبيع حينئذ صحيح[2]؛ وعليه فيجوز بيع المنفرد؛ لأنه معلوم، لا غرر فيه ولا جهالة، فكذلك استثناؤه من المبيع جائز، للعلم به[3]، ومفهوم الحديث أن ما كان مجهولا أو فيه غرر؛ فلا يصح استثناؤه من المبيع، وهو كذلك.

تطبيقات الضابط :

١- من باع لشخص دارًا واستثنى غرفة معينة منها صح البيع والاستثناء؛ لأن الغرفة الواحدة المعلومة يجوز بيعها منفردة، وما جاز بيعه منفردًا جاز استثناؤه من المبيع.

فإن لم تكن الغرفة معينة ولا معلومة لم يصح الاستثناء؛ وذلك أنه إذا استثني من المعلوم مجهول، صار الباقي مجهولا، ولا يصح بيع المجهول منفردًا، فلم يصح استثناؤه كذلك[4].

٢- يجوز بيع الأرض المعينة، واستثناء ثلثها أو ربعها[5]؛ لأن بيع ثلثها أو ربعها منفردين جائز؛ فجاز استثناؤهما ذلك.

---

(١) رواه أبو داود ٣/٢٦٢ (٣٤٠٥)، والترمذي ٣/٥٨٥، (١٢٩٠)، والنسائي ٧/٣٧ (٣٨٨٠)، ورواه مسلم ٣/١١٧٥ دون قوله: (إلا أن تعلم)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب.

(٢) انظر: نيل الأوطار ٥/١٥٠.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٣٩٥، المغني ٤/٢٣١، حاشية الروض المربع لابن قاسم ٤/٣٥٧.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/١٨٧، المغني ٤/٨٥.

(٥) انظر: شرح النيل ١٤/٢٨١.

٣- يجوز بيع بستان معيَّن إلا شجرة معيَّنة منه[١]؛ لأن بيع الشجرة منفردة جائز؛ فجاز استثناؤها من المبيع.

٤- لو باع شخص ثمار شجرة، واستثنى منها قَدرًا معلومًا من الثمر على أنه له صح البيع[٢]؛ لأنه يجوز بيع قدر معين من الثمر منفردًا، فجاز استثناؤه.

٥- إذا قال البائع: بعت هذه الكومة من القمح إلا عشرة كيلوات، وقبِل المشتري فالبيع صحيح[٣]؛ لأن بيع العشر كيلوات منفردة جائز؛ فجاز استثناؤها من المبيع.

٦- إذا باع حيوانًا حيًّا واستثنى عضوًا منه متصلا به كالفخذ أو الألية أو القلب أو الشحم أو الكبد أو الطحال أو غير ذلك، لم يصح؛ لأن ذلك مجهول العاقبة فدخله الغرر؛ إذ لا يصح إفراده بالبيع ما دام الحيوان حيًّا؛ فلم يصح استثناؤه[٤].

٧- إذا باع سيفًا واستثنى الفضة أو الذهب الذي في مقبضه فالبيع فاسد[٥]؛ لأن بيع الفضة أو الذهب الذي في مقبضه لا يجوز منفردًا؛ إذ هما في السيف من المجهول الذي لا يعرف له قدر ولا صفة، وما لا يجوز بيعه منفردًا لا يجوز استثناؤه من المبيع.

---

(١) انظر: المغني ٤/٢٣١، شرح النيل ١٤/٢٨٤.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٣٩٥، الروضة البهية ٢/٣٤٠.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٣٩٥، المغني ٤/٢٣١.

(٤) انظر: درر الحكام ١/١٩٥، كشاف القناع ٣/١٧٢.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٣٩٥، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٩٣.

٨- بيع عدد من القيميات أو العدديات المتفاوتة مع استثناء مقدار منها غير معين من المبيع لا يجوز ويفسد البيع[١]؛ لأن المقدار المستثنى مجهول، ولا يصح بيع المجهول منفرداً، فلم يصح استثناؤه.

٩- لو باع شاة واستثنى الحَمل الذي في بطنها لم يصح البيع؛ لأن الحَمل لا يجوز أن يُفرد بالبيع دون الشاة؛ لأنه غائب، ولا يجوز بيع الغائب؛ لما فيه من الغرر والجهالة المفضية للنزاع.

وهذا عند جمهور الفقهاء[٢]. وذهب ابن حزم إلى جواز بيع الحامل دون حَملها، وإلى أنه لا يحل بيع حيوان حي واستثناء عضو منه[٣].

استثناءات الضابط:

من استثناءات الضابط ما انفرد به الحنابلة من جواز استثناء رأس وجلد وأطراف مأكول اللحم من كل حيوان، حيث قال البهوتي «ما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح استثناؤه، إلا رأس مأكول اللحم وجلده وأطرافه»[٤].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: درر الحكام ١/١٨٧.
(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٣٩٥- ٣٩٩، الدر المختار ورد المحتار ٤/٤٠- ٤١، ١٠٧، تبيين الحقائق٤/٥٨، القوانين الفقهية ص١٦٩، حاشية الرملي على أسنى المطالب٢/١٠١، المغني ٤/٢٣١، كشاف القناع ٣/١٧٢، شرح النيل ١٤/٢٨٤، الروضة البهية ٢/٣٤٠.
(٣) انظر: المحلى ٦/٨٧٦.
(٤) كشاف القناع ٣/١٧٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٢٤

نص الضابط: البَيْعُ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- موجبُ عقد البيع التسليم في الحال[٢].

٢- عقد البيع موجِب للقبض عقبه[٣].

صيغ ذات علاقة :

١- العقد لا يوجب تسليم المبيع قبل نقد الثمن إذا لم يكن الثمن مؤجلا[٤]. (قيد).

٢- مقتضى العقد تسليم المبيع في مكان العقد إذا كان محل إقامة[٥]. (قيد).

---

(١) الفروق للكرابيسي ١/٢٥١.

(٢) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٢/١٠.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٣٤٢.

(٤) فتاوى قاضيخان ٢/١٥٦.

(٥) المادة ٣٤١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ١٥٥.

شرح الضابط:

الأصل عند الفقهاء: أنَّ حكم البيع الصحيح اللازم يثبت في الحال مِلك المبيع للمشتري، وملك الثمن للبائع[١].

ويترتب على ذلك أن يكون تسليم البدلين واجبًا على العاقدين؛ لأنَّ العقد أوجَب الملك في البدلين، ومعلوم أَنَّ الملك ما ثبت لعينه، وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك، ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم، فكان إيجاب الملك في البدلين شرعًا إيجابًا لتسليمهما ضرورة، ولأنَّ معنى البيع لا يحصل إلا بالتسليم والقبض؛ لأنه مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض؛ لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل[٢].

أما وقت وجوب تسليمهما، فإنه يثبت على التوسع عقيب العقد بلا فصل؛ لأنَّ القبض ليس بشرط في البيع[٣]، والثمن يجوز أن يكون حالًّا ومؤجلا.

أما معنى التسليم وكيفيته، فقد جاء بيانه في نص (الفتاوى الهندية): «تسليم المبيع هو أن يخلي بين المبيع وبين المشتري، على وجه يتمكن المشتري من قبضه بلا حائل، وكذا التسليم في جانب الثمن»[٤]، ودليل ذلك أنَّ تسليم الشيء في اللغة يعني جعله سالمـاً خالصًا، لا يشاركه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية على وجه التمكين، وأنَّ مَن وجب عليه التسليم لا بُد وأن يكون

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٤٣/٥، خزانة الفقه للسمرقندي ص ٢٢٤، القواعد لابن رجب ص ٦٩، المجموع شرح المهذب للنووي ٢٨٢/٩، وانظر: المادة ٤٢٦ من مرشد الحيران لقدري باشا ص ١٠٨، والمادة ٣٦٩ من المجلة العدلية ص ٧٢.

(٢) بدائع الصنائع ٢٤٣/٥، روضة الطالبين للنووي ٥٢٢/٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٤٤/٥، وانظر: المادة ٢٦٢ من المجلة العدلية ص ٥٤.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ١٦/٣، وانظر: المواد ٤٣٤، ٤٣٨ من مرشد الحيران ص ١١٠- ١١١، والمواد ٢٦٢، ٢٧٦ من المجلة العدلية ص ٥٤، ٥٦.

له سبيل للخروج من عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع، أمّا الإقباض الفعلي فليس في وسعه؛ لأنَّ القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض، فلو تعلَّق وجوب التسليم به؛ لتعذر عليه الوفاء بالواجب، وذلك غير جائز[١].

وللفقهاء تفصيلات وآراء مختلفة فيما يكون قبضًا للأشياء، مرجعها إلى أن «القبوض تختلفُ في الأشياء حسب اختلافها في نفسها، وحسب اختلاف عادات الناس فيها»[٢]، قال الخطيب الشربيني: «لأنَّ الشارع أطلق القبض وأناط به أحكامًا، ولم يبيّنه، ولا حَدَّ له في اللغة؛ فرجع فيه إلى العُرف»[٣].

ويجدر التنبيه إلى أن القبض الحكمي بمنزلة القبض الحسي في تحصيل موجب عقد البيع وهو التسليم، وصورة ذلك، إذا كان المبيع تحت يد المشتري قبل البيع بعارية، أو وديعة، أو رهن، أو غصب، أو غير ذلك، حيث ينوب القبض السابق للعين مناب القبض المستحق بعقد البيع مطلقًا عند الشافعية، والمالكية، والحنابلة، ولا فرق عندهم بين أن يكون القبض السابق قبض ضمان أو قبض أمانة؛ لأنَّ الغرض من وجوب تسليم المبيع إلى المشتري حصوله في يده، وقد تحقق ذلك[٤]، ووافقهم الحنفية على ذلك إذا كان القبض السابق بجهة ضمان، كغصب وبيع فاسد؛ لأنه مثل المستحق بالبيع، فينوب منابه؛ لأنَّ المتماثلين غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه، ويسدُّ مسدّه، وقد وُجِد القبض المحتاج إليه، أما إذا كان بجهة أمانة، كوديعة وعارية ورهن، فلا ينوب

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٤٤، وانظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٢١٦ وما بعدها.

(٢) انظر: معالم السنن للخطابي ٣/١٣٦.

(٣) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٧٣.

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب ٩/٢٨١، مغني المحتاج ٢/١٢٨، روضة الطالبين ٤/٦٦، ٦٨، المهذب ١/٣١٢، الأم للشافعي٣/١٢٤، شرح ميارة على التحفة ١/١١١، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/٢٢٩، نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٣٦.

القبض الأول عن الثاني؛ لأنه أضعف منه، فلا يَسُدُّ مسدَّهُ؛ لعدم وجود القبضِ المحتاج إليه في عقد البيع[١].

أدلة الضابط:

إنَّ من المقرر شرعًا أنَّ العقود أسباب، تترتب عليها مُسَبَّباتها - وهي أحكامها الأصلية التي تشتمل على تحصيل مقاصدها، وتحقيق أهداف العاقدين من إبرامها - كل عقد بحسب موضوعه وغايته، ومن المعلوم أنَّ تسلُّم المشتري للمبيع، وتسلُّم البائع للثمن، هو مقصود العاقدين وغرضهما، وثمرة العقد والوفاء به، فكان موجَب عقد البيع بلا ريب، قال ابن تيمية: «يقول الناس: البيع والشراء، والأخذ والعطاء والمقصود من العقود: إنما هو القبض والاستيفاء، فإنَّ المعاقدات تفيد وجوب القبض بمنزلة إيجاب الشرعيات، ثم التقابض ونحوه وفاء بالعقود بمنزلة فعل المأمور به في الشرعيات»[٢]، وقال أيضًا: «المقصود بالعقود هو التقابض، وبالقبض يتمُّ العقد، ويحصل مقصوده»[٣].

تطبيقات الضابط:

١- إذا امتنع كل واحد من المتعاقدين في عقد المقايضة عن تسليم البدل للآخر، ما لم يسلمه الآخر ما عليه، فإنه يلزم كل واحد منهما أن يسلم بيد ويقبض باليد الأخرى، أو يضعان البدلين عند عدل، ثم يستلم كل واحد منهما بدله من العدل[٤]؛ لأن الأصل في البيع أنه

(١) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي ص٢١٧، بدائع الصنائع ٢٤٨/٥، الفتاوى الهندية ٢٢/٣ وما بعدها، الفتاوى الطرسوسية ص ٢٥٣، شرح المجلة للأتاسي ١٩٣/٢، وانظر: المادة ٤٣٩ من مرشد الحيران ص ١١٢.

(٢) انظر: القواعد النورانية الفقهية ص ١١٤.

(٣) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٢١/٢٩.

(٤) انظر: المبسوط١٩٢/١٣، بدائع الصنائع٢٣٨/٥، وانظر: المادة ٤٨٢ من مرشد الحيران ص ١٢٢، روضة الطالبين ٥٢٢/٣، مواهب الجليل ٣٠٥/٤، المغني ١٤٠/٤، القواعد لابن رجب ص ٦٩، المحلى ٤٠٨/٨، شرائع الإسلام للحلي ٢٩/٢، التاج المذهب للعنسي ٣٥٧/٢.

يوجب التسليم في الحال.

٢- إذا هلك المبيع أو تعيب في يد البائع فإنه يكون من ضمان البائع لا المشتري[١]؛ لأن البيع لا يتم إلا بالتسليم.

٣- إذا أبى البائع تسليم المبيع إلى المشتري، فوضعاه في يد عدل، كانت يد العدل فيه كيد البائع حتى إذا هلك انفسخ البيع[٢]؛ لأن البيع لا يتم إلا بالتسليم.

٤- إذا أصاب المبيع جائحة قبل التسليم، فإنها توضع عن المشتري[٣]؛ لأن البيع لا يتم إلا بالتسليم.

٥- إذا اشترى شخص ثمارًا بدا صلاحها، لزمه قطعها فور العقد[٤]؛ لأن موجب عقد البيع التسليم في الحال.

٦- يلتزم البائع بمصاريف تسليم المبيع، ويلتزم المشتري بمصاريف تسليم الثمن - ما لم يتفقا أو يجري عرف على غير ذلك[٥] - لأن التسليم موجَب عقد البيع، فيلتزم كل متعاقد بما يحصل به هذا الموجَب[٦].

أ.د. نزيه حماد

* * *

---

(١) انظر: الفروق للكرابيسي ٢/٧٤- ٧٥.
(٢) انظر: المبسوط ٢١/٧٨.
(٣) انظر: المنتقى للباجي ٤/٢٣٦.
(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٦٦.
(٥) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٥/١٥٨.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٤٣، وانظر: المواد ٣٤٢ – ٣٤٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ١٥٥، م/٢٨٨، ٢٩١ من المجلة العدلية ص ٥٨، والمواد ٣٥٣، ٤٦٦، ٤٦٧ من مرشد الحيران ص٩١، ١١٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير٣/١٤٤، مغني المحتاج ٢/٧٣، المغني ٦/١٨٨.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٢٥

نص الضابط: إِتْلَافُ الْمُشْتَرِي لِلْمَبِيعِ قَبْضٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- إتلاف المشتري لما اشتراه قبض[٢].

٢- إتلاف المشتري المبيع كقبضه[٣].

٣- إتلاف المبيع في يد البائع بفعل المشتري قبض[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- قبض كل شيء بحسبه على ما جرت العادة فيه[٥]. (أعم).

٢- إتلاف مُتَّهب العين الموهوبة له بإذن الواهب قبض[٦]. (نظائر).

---

(١) روض الطالب لإسماعيل بن المقري اليمني مع أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٨٦/٢، الأنصاف للمرداوي٤٧٢/٤، الفروع لابن مفلح ١٤٢/٤، كشاف القناع للبهوتي ٢٤٣/٣ وبلفظ آخر: «إتلاف المشتري المبيع قبض» المجموع للنووي ٣٣٩/٩، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤٦٨/٢.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي لابن عرفة ١٥٠/٣، شرح الخرشي ١٥٩/٥- ١٦٠، بلغة السالك للصاوي ٢٠٤/٣.

(٣) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ١٤٥/٣.

(٤) البيان للعمراني ٣٨٦/٥.

(٥) شرح الزركشي على متن الخرقي ١٠٨/٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) معونة أولي النهى ١٨٢/٤، مطالب أولي النهى ١٥٢/٣، كشاف القناع ٢٣١/٣، شرح منتهى الإرادات ١٩١/٢.

٣- ينعقد الشراء من المشتري بتصرف في مبيع بشيء دالٍّ على الرضا به[١]. (أعم).

٤- كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه[٢]. (أصل أستثني منه الضابط).

شرح الضابط :

(القبض) لغة: الأخذ[٣]، واستعمله الفقهاء بمعنى حيازة الشيء، والتمكن منه، والاستيلاء عليه استيلاء يمكن القابض من التصرف في المقبوض بلا مانع[٤]، بحيث يكون الشيء في قبضة الإنسان وتحت سيطرته[٥].

وقبض المبيعات في النظر الفقهي نوعان: حقيقي، وحكمي.

فأما الحقيقي: فهو المُدرَك بالحسِّ، قال العز بن عبد السلام: «قولهم قبضتُ الدار والأرض والبعير، يريدون بذلك الاستيلاء، والتمكن من التصرف»[٦].

وأما الحُكمي: فهو التقديري الاعتباري عندما يخلِّي البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه[٧]، قال ابن عابدين: «وحاصله أنَّ التخلية قبض حُكمًا لو مع القدرة عليه بلا كلفة»[٨].

---

(١) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٢٠٤/٨.

(٢) القواعد الفقهية عند الإمامية إعداد اللجنة العلمية بالحوزة الدينية ٦٥٧/١.

(٣) لسان العرب لابن منظور ٢١٣/٧.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٤٨/٥، الرسائل العشر للطوسي ص ٢٧٩.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٤٨/٥، البحر الرائق لابن نجيم ٢٦٨/٥.

(٦) الإشارة إلى الإيجاز للعز بن عبد السلام ص ١٠٦.

(٧) البدائع ٢٤٤/٥، شرح المجلة للأتاسي ١٩٢/٢.

(٨) رد المحتار لابن عابدين ٤٣/٤.

والأصل المقرر شرعًا: أن المبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع[1]، وجاء هذا الضابط الذي بين أيدينا يقرر أن المشتري إذا أتلف المبيع قبل أن يقبضه من المشتري؛ فهو بمنزلة القبض يستقر به العقد، ويلزم به الثمن، وتترتب عليه كافة أحكام البيع، سواء كان البيع باتًّا أو مقترنًا بشرط الخيار، وسواء كان المشتري متعمدًا أو مفرطًا أو جاهلا، وسواء كان الإتلاف بفعله مباشرة أو أمر غيره به، فيدخل في ذلك ما إذا أمر المشتري البائع أو أجنبيًّا بالإتلاف، فكل ذلك كفعل المشتري بنفسه؛ فينزل منزلة القبض[2].

وهذا الضابط مصرح به لدى جمهور الفقهاء من الحنفية، و الشافعية، والمالكية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، ولا تأباه قواعد المذاهب الأخرى، ومعمول بمقتضاه فيما أوردوه من تطبيقات، حيث يعتبر ذلك الإتلاف قبضًا للمبيع حُكمًا وتقديرًا، حيث إنه ينطوي على معنى القبض الحسّي، الذي هو إثبات اليد مع التمكن من التصرف في المقبوض؛ إذ لا يُتصور وقوع الإتلاف من المشتري مع تخلُّف هذا المعنى، فكان الإتلاف بمنزلة القبض ضرورة[3].

وإن كان هناك اختلاف بين الفقهاء بشأن هذا الضابط فمحله مجال إعمال الضابط، ومن ذلك على سبيل المثال ما يلي:

١- جدير بالبيان في هذا المقام أنَّ الشافعية نبَّهوا إلى أنَّ المراد

---

(١) المنتقى للباجي ٤١/٥.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٨٣/٢٥، بدائع الصنائع للكاساني ٢٤٦/٥، التاج والإكليل للمواق ٤٢٠/٦، المجموع للنووي ٢٦٢/٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٢، المغني لابن قدامة ٨١/٤، الإنصاف للمرداوي ٤٧٢/٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٤٦/٥، الفتاوى الهندية ٢٠/٣، فتاوى قاضيخان ٢٥٩/٢، شرح المجلة للأتاسي ٢٠٦/٢، شرح الخرشي ١٥٩/٥- ١٦٠، بلغة السالك ٢٠٤/٣، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٧٩/٢، البيان للعمراني ٣٨٦/٥، المغني ٨١/٤، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٦٩/٣، السيل الجرار للشوكاني ١٢٢/٣، شرائع الإسلام للحلي ٤٧/٢.

بـ«المشتري» في الضابط: المالك بعقد الشراء، وإنْ لم يباشر العقد، لا وكيله وإن باشره؛ إذ هو كالأجنبي، وإتلافه المبيع في يد البائع كإتلاف الأجنبي، وسواء في ذلك أذن له المالك في القبض أم لا[1]، كما قيَّدوا قولهم بأنَّ إتلاف المشتري للمبيع قبض بما إذا كان الخيار له، أو لهما، أو لا خيار لأحد منهما، وإلا انفسخ العقد، واستردَّ المشتري الثمن، وغرم المـُتْلفُ للبائع بدل المبيع، أي المثل إن كان مثليًّا، والقيمة إن كان قيميًّا[2]، وهو قول الحنفية أيضًا[3].

٢- ذكر المرداوي بأن بعض الأقوال فرقت بين الإتلاف عن عمد وبين غيره، فاعتبروا الإتلاف عن عمد من قبل المشتري هو الذي بمنزلة القبض، بخلاف غيره؛ فلا يعد قبضًا يستقر به العقد[4].

٣- ذكر السيوطي أن اعتبار الإتلاف عن جهل من قبل المشتري قبضًا هو على الأظهر من مذهب الشافعية، ولا يعد ذلك قبضًا على غير الأظهر[5].

٤- نصَّ الشافعية على أنَّ المشتري إذا أتلف المبيع قبل القبض بحق - أي بوجه جائز - كما لو كان المبيع دابة أو حيوانا، فصال عليه أو على غيره، فقتله لصياله، أو نحو ذلك، فالأصح أنَّ إتلافه ليس قبضًا له؛ لأنَّه لما أتلفه بحق، كان تلفه واقعًا عن ذلك الحق دون غيره[6]، وقد

---

(١) نهاية المحتاج للرملي ٤/٨٠، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤/٢٩٧، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٢١، أسنى المطالب ٢/٧٩.

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٥٩، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٤/٨٠.

(٣) انظر: رد المحتار ٤/٤٢، مرشد الحيران لقدري باشا مادة/٤٦١.

(٤) انظر: الإنصاف ٤/٤٧٢.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٢.

(٦) تحفة المحتاج ٤/٢٩٧، نهاية المحتاج للرملي ٤/٨٠، أسنى المطالب مع حاشية الرملي ٢/٧٩ وقال زكريا الأنصاري والبجيرمي: «وأما إتلافه له بحقّ، كصيال وقَوَدٍ وكرِدَّةٍ، والمشتري الإمام أو نائبه، فليس بقبض» (شرح المنهج مع حاشية الجمل ٣/٥٩، حاشية البجيرمي ٣/٢١).

جاء في (أسنى المطالب): «لو صال المبيع في يد البائع على المشتري أو غيره، فقتله المشتري دفعًا لصياله، لم يضمن ثمنه؛ لأنَّ ذلك ليس قبضًا، وإنْ علم أنه المبيع»[1].

٥- نصَّ الشافعية على أنَّ المشتري إذا لم يكن أهلا للقبض - كما لو كان صبيًّا أو مجنونًا - فأتلف المبيع وهو في يد البائع، فإنَّ إتلافه لا يعتبر قبضًا، ويلزمه بدله، وعلى البائع ردَّ الثمن لانفساخ البيع[2].

أدلة الضابط:

١- لأنَّ المشتري إذا أتلف ما اشتراه قبل قبضه، فقد جنى على ماله وأتلفه، فصار كما لو أتلف المالك عينه المغصوبة في يد الغاصب، فإنه يبرأ الغاصب بذلك، ويصير المالك مستردًّا لعين ماله بالإتلاف[3].

٢- لأن التخلية قبض، فبالإتلاف أولى؛ لأنَّ التخليةَ تمكين من التصرف في المبيع، والإتلاف تَصَرُّف فيه حقيقة، والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف[4].

تطبيقات الضابط:

١- من أتلف طعامًا ابتاعه على الكيل قبل كيله، وعرف كيله، فهو قبض له، يتم به حكم البيع؛ لأن إتلاف المشتري للمبيع قبض له[5].

---

(١) أسنى المطالب ٨١/٢.

(٢) حاشية الجمل ٥٩/٣، حاشية البجيرمي ٢١/٣، تحفة المحتاج ٢٩٧/٤، أسنى المطالب ٧٩/٢.

(٣) روضة الطالبين للنووي ٤٩٩/٣، وانظر: السيل الجرار ١٢٢/٣.

(٤) بدائع الصنائع ٢٤٦/٥.

(٥) انظر: التاج والإكليل للمواق ٤٢٠/٦.

٢- للبائع أن يطالب المشتري بالثمن إذا أتلف المشتري المبيع في يد البائع[١]؛ لأن إتلاف المشتري لما اشتراه قبض له، يستقر به العقد، وتترتب أحكامه عليه.

٣- إذا تعيَب المبيع في يد البائع بفعل المشتري، لزم المشتري؛ لأنه بمنزلة فعله فيما قبضه؛ لأن إتلاف المشتري لما اشتراه قبل القبض قبض له[٢].

٤- إذا اشترى رجل حنطة، وأمر البائع بطحنها، فطحن، فإنَّ الدقيق يكون للمشتري، ويصير المشتري قابضًا للمبيع[٣]؛ لأن البائع إنما فعل ذلك بأمر المشتري، فهو بمنزلة فعله، وفعل المشتري فيما اشتراه قبض له.

أ. د. نزيه حماد

* * *

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٣/ ١٥٠.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٢٧٦، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/ ١٤٥.

(٣) انظر: البحر الرائق ٥/ ٣٣٢، فتاوى قاضيخان ٢/ ٢٥٩، الفتاوى الهندية ٣/ ٢٠، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٠٦.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٢٦

نص الضابط: المَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ مَضْمُونٌ، لَا المَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ النَّظَرِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- المقبوض على سوم الشراء مضمون عند بيان الثمن، وعلى وجه النظر ليس بمضمون مطلقًا[٢].

٢- المقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض[٣].

٣- المقبوض على سوم البيع مضمون بالقيمة متى بيِّن له ثمنًا[٤].

٤- المقبوض على سوم الشراء كالمقبوض على حقيقة السوم في حكم الضمان[٥].

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٢/٢٧٢، مجمع الضمانات للبغدادي ص ٢١٣، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/١٣٨، وانظر: المبسوط للسرخسي ١١/١٣٤.

(٢) غمز عيون البصائر ٢/٢٩١، مرآة المجلة ١/١٣٨.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٨٠.

(٤) عمدة ذوي البصائر لبيري زاده ١/١٠٦/ب.

(٥) المبسوط ١١/٩٦.

شرح الضابط :

(المقبوض على سوم الشراء): هو أن يقبض المساوم المبيع بعد معرفة الثمن، فيقول للبائع: هاته، فإن رضيته اشتريته.

ولا بد فيه عند الحنفية من توفر شرطين:

أ- أن يكون الثمن مسمى في العقد.

ب- أن يكون القبض بقصد الشراء، لا لمجرد النظر[١].

ويضمنه القابض في هذه الحال إذا هلك في يده بالقيمة يوم القبض بالغة ما بلغت، خلافًا للطرسوسي الذي ذهب إلى أنه ينبغي ألا يزاد بها على الثمن المسمى.

أما لو استهلكه فيجب فيه الثمن لا القيمة؛ لأنه بالاستهلاك يعتبر راضيًا بإمضاء العقد بثمنه[٢].

وعند الشافعية : المأخوذ بالسوم مضمون كله إن أخذه لشراء كله، وإلا فبقدر ما يريد شراءه[٣].

وعند الحنابلة : المقبوض على وجه السوم مضمون إذا تلف مطلقًا؛ لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض[٤].

وعند الإمامية : المقبوض بالسوم يُضمن على المشهور، وفي قول: لا يُضمن[٥].

---

(١) انظر : الدر المختار ورد المحتار ٤/٥٠- ٥١، مجمع الضمانات ص ٢١٣- ٢١٤.

(٢) انظر : الدر المختار ورد المحتار ٤/٥١.

(٣) انظر : حاشية القليوبي ٢/٢١٤.

(٤) انظر : كشاف القناع ٣/٣٧٠.

(٥) انظر : الروضة البهية ٢/٣٣٢.

أما المقبوض على سوم النظر: فهو أن يقول المساوم: هاته حتى أنظر إليه، أو حتى أريه غيري، ولا يقول: فإن رضيته أخذته، فهذا غير مضمون مطلقًا، بل هو أمانة، ذكر الثمن أو لا، ويُضمن بالاستهلاك[١].

والمعنى الإجمالي للضابط: أن المساوم إنما يلزمه ضمان الشيء المبيع إذا رضي بأخذه بالثمن المسمى على وجه الشراء، فإذا سمى الثمن البائع، وتسلم المساوم المثمن على وجه الشراء، فإن المشتري يكون راضيًا بذلك، كما أنه إذا سمى هو الثمن وسلم البائع المثمن يكون راضيًا بذلك، فكأن التسمية صدرت منهما معًا، بخلاف ما إذا أخذه على وجه النظر؛ لأنه لا يكون ذلك رضا بالشراء بالثمن المسمى[٢].

مثال ذلك: **أن يقول البائع**: هذا الثوب لك بعشرة دراهم، فيقول المشتري: هاته حتى أنظر فيه، أو قال: حتى أريه غيري، فأخذه على هذا الوجه، ثم ضاع الثوب، فلا شئ عليه. أما لو قال المشتري: هاته، فإن رضيته أخذته، فضاع عليه، فهو على ذلك الثمن، ففي هذا وجدت التسمية من البائع فقط، لكن لما قبضه المساوم على وجه الشراء في الصورة الأخيرة صار راضيًا بتسمية البائع، فكأنها وجدت منهما، أما في الصورة الأولى والثانية فلم يوجد القبض على وجه الشراء، بل على وجه النظر منه أو من غيره، فكأنه أمانة عنده، فلم يضمنه[٣]، وهذا هو سر الفرق بينهما:

أ - أن المقبوض على سوم الشراء لا بد فيه من ذكر الثمن، أما الآخر فلا يذكر فيه ثمن.

---

(١) انظر: الدر المختار ورد المحتار ٤/٥٠ وما بعدها، مجمع الضمانات ص٢١٣، ٢١٧، حاشية الشرقاوي على التحفة ٢/١٥٠، كشاف القناع ٣/٣٧٠، عقد البيع للزرقا ص٩٦.

(٢) انظر: الدر المختار ورد المحتار ٤/٥٧٣.

(٣) انظر: الدر المختار ورد المحتار ٤/٥٧٣.

ب - المقبوض على سوم الشراء لا بد أن يقول المشتري: إن رضيته أخذته، فلو قال: حتى أراه لم يكن مقبوضًا على سوم الشراء، وإن صرح البائع بالثمن[(١)].

ومحل لزوم المساوم الضمان إذا هلك المثمن في يده بالقيمة إذا كان قيميًّا، أو بالمثل إذا كان مثليًّا، هو ما إذا كان القبض بعد تسمية الثمن، أما إذا لم يُسمَّ ثمن فلا ضمان في الصحيح[(٢)].

والأصل في ضمان العقود هو القيمة؛ لكونها مثلا كاملا، وإنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد حقيقة، وإذا لم يوجد صير إلى الأصل[(٣)].

ومن الجدير بالذكر: أنه لو أخذ شيئًا أو مسَّه بدون إذن من المالك فسقط من يده أو تلف بدون تعدٍّ منه؛ فهو ضامن؛ إذ القاعدة المقررة: أن الأموال تُضمن بالخطأ كما تضمن بالعمد[(٤)].

دليل الضابط:

١- لأنه مقبوض على وجه الشراء؛ فيجعل كالمقبوض على حقيقته في إيجاب الضمان[(٥)].

٢- ولكونه مقبوضًا بجهة القضاء، والمقبوض بجهة القضاء مضمون على القابض[(٦)].

---

(١) انظر: الدر المختار ورد المحتار ٤/ ٥٠، ٥١، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨/ ٢٤٣ وما بعدها.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٣٠٦.

(٣) العناية شرح الهداية ٩/ ٩.

(٤) انظر: المنثور في القواعد ٢/ ٣٩١.

(٥) الجوهرة النيرة للعبادي ١/ ٢٢٧.

(٦) بدائع الصنائع ٦/ ٣٤.

٣- ولأن المقبوض على سوم الشراء، وإن كان بإذن من المالك، لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق، فإذا هلك ضمنه[١].

٤- ولأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد؛ فصار كالمأخوذ بالعقد، وهو يوجب الضمان[٢].

٥- ولأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة إليه فأقيمت مقام الحقيقة؛ نظرًا له[٣].

تطبيقات الضابط :

١- رجل جاء إلى الزَّجَّاج فقال: ادفع إليَّ هذه القارورة لأراها، فقال الزَّجَّاج: ارفعها، فرفعها فوقعت وانكسرت لا يضمن الرافع؛ لأن رفعها كان على سوم النظر، وإن قال القابض للزَّجَّاج: بكم هذه القارورة؟ فقال الزجّاج: بكذا، فقال: آخذها فأراها؟ فقال الزجاج: نعم، فرفعها فوقعت من يده وانكسرت، كان عليه قيمتها[٤]؛ لأن القبض على سوم الشراء بدليل بيان الثمن، وكلا المثالين جارٍ على أحد شطري الضابط.

٢- الوكيل بالشراء إذا أخذ الثوب على سوم الشراء، فأراه الموكل، فلم يرضِ به، ورده عليه، فهلك عند الوكيل، ضمن الوكيل قيمته، ولا يرجع بها على الموكل إلا أن يأمره بالأخذ على سوم الشراء؛ فحينئذ إذا ضمن الوكيل رجع على الموكل[٥].

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/٨.
(٢) العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/٩.
(٣) العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/٩.
(٤) انظر: مجمع الضمانات ٤/٢٠٢.
(٥) انظر: رد المحتار ٥/٨٣.

٣- رجل ساوم رجلا بقدح، وقال لصاحب القدح: ارمِ إليَّ، فدفعه إليه، فوقع من يده على الأقداح فانكسرت، لا يضمن القابض القدح المدفوع إليه؛ لأنه قبضه على سوم الشراء من غير بيان الثمن فلا يضمن، وعليه ضمان الأقداح التي انكسرت بفعله(١).

٤- دفع ثوبه إلى دلال ليبيعه، فساومه رب حانوت بثمن معلوم، وقال: أحضر رب الثوب لأعطيه الثمن، فذهب وعاد فلم يجد الثوب في الحانوت، ورب الحانوت يقول: أنت أخذته، وهو يقول: ما أخذته بل تركته عندك، صُدق الدلال مع يمينه؛ لأنه أمين، وأما رب الحانوت فلو اتفقا على أنه أخذه رب الحانوت ليشتريه بما سمى من الثمن؛ فقد دخل في ضمانه، فلا يبرأ بمجرد دعواه، فيضمن قيمته، ولو لم يتفقا على ثمن لم يضمن؛ إذ المقبوض على سوم الشراء إنما يضمن لو اتفقا على ثمن(٢).

٥- يقاس على ما سبق: إذا ساوم رجل آخر على سيارة بخمسين ألف ريـال، وقال له: إن أعجبتني اشتريتها منك، فلما أخذها وساقها صدمها فإنه يضمنها.

ولكن إن قبضها على سوم النظر قائلا: هاتها لأعرضها على خبير بالسيارات، فأخذها فصدمت من غير تعدٍّ منه ولا تفريط لا يضمنها؛ لأنه أخذها على سبيل الأمانة، والأمانة لا تُضمن.

براء الإدلبي

* * *

(١) فتاوى قاضيخان ٢/١٣٢.

(٢) جامع الفصولين لقاضي سماونه ٢/٧٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٢٧

نص الضابط: الأَصْلُ فِي الأَعْيَانِ المَبِيعَةِ عَدَمُ جَوَازِ اشْتِرَاطِ الأَجَلِ فِي قَبْضِهَا[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا يجوز بيع معيّن يتأخر قبضه[٢].

٢- لا يجوز تأخير تسليم المبيع المعين بالشرط[٣].

٣- بيع الأعيان إلى أجل لا يجوز[٤].

٤- بيع العين لا يدخله الأجل، ولا يجوز فيه[٥].

٥- الأعيان لا تؤجل ثمنًا ولا مثمنًا[٦].

٦- الأعيان لا تقبل التأجيل ثمنًا ولا مثمنًا[٧].

---

(١) الإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان ٢/٢٣٤.

(٢) التوضيح على جامع الأمهات لخليل ٤/٢٠٥، ٦/٣٠، وانظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٢١٧، مواهب الجليل للحطاب ٣/٥٠١.

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي مع حاشية العدوي عليه ٣/٢٥٧.

(٤) بداية المجتهد ٢/١١٧، تهذيب فروق القرافي ٣/٤٣٤.

(٥) الإيضاح للشماخي ٣/٦.

(٦) تحفة المحتاج ٤/٢٩٨.

(٧) نهاية المحتاج للرملي ٣/٤٥٤.

صيغ ذات علاقة :

١- مقتضى العقود وموجَبها ما تراضى به المتعاقدان من تقدُّم قبض وتأخره[١]. (قاعدة مخالفة).

٢- من المبيعات المعينات ما يجوز بيعه على أن يقبضه المشتري بعد شهر[٢]. (استثناء).

٣- الأجرة يجب تعجيلها إذا كانت شيئًا معينًا[٣]. (نظائر).

شرح الضابط :

المراد بـ(العين) في الاصطلاح الفقهي: «الشيء المعين المـُشَخَّص في الخارج المرئي بالحس»[٤]، وعلى ذلك نصت المادة ١٥٩ من (مجلة الأحكام العدلية) «(العين): هي الشيء المعين المـُشَخّص، كبيت وحصان وكرسي وصُبْرَة حنطة وصُبْرَة دراهم حاضرتين فكُلّها من الأعيان».

وقد نبَّه الفقهاء إلى أنَّ الحق يتعلَّق بذات العين في حالة الالتزام بها لآخر، ولا يتحقق الوفاء بها إلا بتسليمها بعينها؛ ولهذا لا تصح الحوالة والمقاصَّة في الأعيان؛ لأنها إنما تستوفى بذواتها[٥].

وهذا بخلاف الدَّين الذي يثبت في الذمة، ويرد عليها، وهي محلُّه، فإنَّ متعلَّقه الأجناس الكلية دون أشخاصها، ويحصل الوفاء به بأداء أي فرد كان من

---

(١) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٣٤.

(٢) منح الجليل مع حاشيته التسهيل ٣/٢٧، وقد جاء في التوضيح لخليل ٦/٣٠ بلفظ: «من البياعات ما يجوز بيعُه على أن يقبضه المشتري بعد شهرين».

(٣) التوضيح لخليل ٤/٢٠٥.

(٤) الفروق للقرافي ٢/١٣٣، ترتيب الفروق للبقّوري ص ٣٦٨، ٣٨٤.

(٥) المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقاء ص ١٧٠ وما بعدها، وانظر: تبيين الحقائق ٤/١٧١.

أفراد ذلك الجنس، إذا كان مطابقًا للأوصاف المشترطة في عقد المداينة[1].

ولا خلاف بين الفقهاء في أنَّ عقد البيع الصحيح اللازم يوجِب تسليم المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع، ولكنهم اختلفوا في موجَبِه إذا كان المبيع عينًا: هل هو تسليمه إلى المشتري عقب العقد دون تأخير، أم هو ما يتراضيان عليه من تعجيل أو تأجيل؟ وذلك على قولين:

أحدهما: لجمهور الفقهاء - من الحنفية، والشافعية، والمالكية، والحنابلة على المذهب، ومعهم الزيدية والإباضية - وهو أنَّ المبيع إذا كان معينًا، فالأصل فيه عدم قبول الأجل، وعدم جواز التأخير فيه.

كما ذهب جمهور الفقهاء أيضًا - من الحنفية، والشافعية، والمالكية، والظاهرية، وطائفة من الحنابلة، والإباضية - إلى عدم جواز بيع الأعيان المضاف إلى المستقبل؛ لأنَّ الأعيان لا تقبل الأجل، ولا يجوز فيها[2]، وعلى ذلك نصت المادة (٣٥١) من (مرشد الحيران): «لا يصح إضافة البيع إلى وقت مستقبل»، كما نصت المادة (٣٢٨) منه: «كل ما كان تمليكًا في الحال فلا تصح إضافته إلى الزمان المستقبل، وذلك كالبيع وإجازته وفسخه»، وعلى ذلك بني الضابط.

والثاني: للإمامية[3]، وهو رأي ابن تيمية وابن القيم، وهو أنَّ موجبه ما

---

(١) الفروق ٣/٢٥٤، تهذيب الفروق والقواعد السنية ٣/٢٤٩، ترتيب الفروق ص ٣٦٨، وانظر: المادة (١٥٨) من المجلة العدلية، والمادة (١٩٠) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

(٢) الدر المختار ٤/٢٣٤، الفتاوى الهندية ٤/٣٩٦، تبيين الحقائق ٤/١٣٤، تحفة المحتاج ٦/١٣٨، أسنى المطالب ٢/٤٠٧، نهاية المحتاج ٥/٢٧٥، الاستذكار ١٦/٣٩٦، ٣٩٧، المنتقى ٤/٢٥٦، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/٤٣٣، الخرشي ١٣/٢٥٧، مواهب الجليل ٣/٥٠١، منح الجليل ٢/١٠٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٥٤٥، الإحكام لابن حزم ٥/٢٠، الإيضاح للشماخي ٣/٦.

(٣) انظر: شرائع الإسلام ٢/٢٣.

يتراضى عليه المتعاقدان من تعجيل أو تأجيل، قال ابن تيمية: «الأصل في العقود رضى المتعاقدين، وموجَبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد»[١]، وقال أيضًا: «إنَّ مقتضى العقود وموجَبها ما تراضى به المتعاقدان من تقدم قبض أو تأخر، وإنَّ من قال: (موجبها القبض عقبها)، فليس له على ذلك حجة سليمة»[٢].

وقال ابن القيم: إنَّ موجب العقد: إمّا أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد، أو ما أوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه، وكلاهما منتفٍ في هذه الدعوى، فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقيب العقد، ولا العاقدان التزما ذلك، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه، وتارة يشترطان التأخير: إما في الثمن - كما إذا باع معينًا بثمن حال - وإما في المثمن - كما في السَّلم، وكذلك في الأعيان، قد يكون للبائع مقصود صحيح في تأخير التسليم للمبيع، كما كان لجابر - رضي الله عنه - غرض صحيح حين باع بعيره من النبي ﷺ، واشترط ظهره إلى المدينة، فكيف يمنع الشارع ما فيه مصلحة له، ولا ضرر على الآخر فيه؛ إذ قد رضي بها، كما رضي النبي ﷺ على جابر بتأخير تسليم البعير؟ ولو لم تَرِد السُّنَّة بهذا لكان محض القياس يقتضي جوازه»[٣].

أدلة الضابط :

١- الإجماع، قال ابن رشد في (بداية المجتهد): «أجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل، وأنَّ من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بإثر عقد الصفقة»[٤]، وقال ابن عبد البر: «لا أعلم خلافًا أنه لا يجوز

---

(١) مجموع الفتاوى ١٥٥/٢٩، القواعد النورانية ص ٢٠٣، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٩٣/٤.

(٢) نظرية العقد عند ابن تيمية ص ٢٣٤.

(٣) إعلام الموقعين ١٠/٢، وانظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٤٤/٢٠.

(٤) بداية المجتهد ١٥٦/٢، وانظر: تهذيب الفروق والقواعد السنية ٢٧٣/٣.

شراء عين مرئية غير مأمون هلاكها بشرط تأخير قبضها إلى أجل لا يؤمن قبله ذهابها؛ لأنه من بيوع الغرر المنهي عنها»[(١)].

٢- ولأنَّ الأصل في الأعيان عدم قبولها للآجال[(٢)]، و«المؤجَّل لا يكون عينًا، والعين لا يدخل فيها الأجل»[(٣)]، جاء في (رد المحتار): «الأعيان لا تقبل التأجيل»[(٤)] ذلك أنَّ اشتراط تأجيل الشيء المعين - سواء كان مبيعًا أو أجرة أو صَدَاقًا - يجعله كالدَّين في الذمة، والدَّين في الذمة لا يصح أنْ يكون معينًا، فقد جاء في القواعد الفقهية: «المعينات لا تقبلها الذمم»[(٥)]، و«الأعيان لا تثبت في الذمم»[(٦)]، وقال القرافي: والمعينات لا تثبت في الذمم، وما في الذمم لا يكون معينًا»[(٧)].

٣- ولأنَّ تأخير الأعيان ينطوي على غرر عدم القدرة على تسليمها، فكان اشتراطه مفسدًا للعقد؛ لأنَّ بقاءها بصفتها وقَدْرها إلى حلول أجل التسليم غير معلوم، فقد تهلك كليًّا أو جزئيًّا، وقد يتغيَّر حالها وصفاتها، ومن المعلوم أنَّ الحق متعلق بذواتها لا بأمثالها، فإذا طرأ شيء من ذلك عليها انفسخ العقد؛ «لأنَّ المعين ينفسخ العقد بتلفه، ولا يلزم ردُّ مثله»، وقد نبَّه إلى هذا المعنى خليل بقوله: «لا يجوز بيع

(١) الاستذكار ١٦/٣٩٧.

(٢) جاء في المبسوط للسرخسي ١٨/١٨٧: «الأعيان لا تقبلُ الآجال»، وجاء فيه أيضًا ١٢/١٩٩، ٢٢/ ١٧١، ٢٥/١٢٦- ١٢٧، ٢٩/٣٩: «العينُ لا تقبلُ الأجل»، وجاء في فتح القدير ٦/١٤٦: «التأجيلُ في الأعيان لا يصح».

(٣) الحاوي للماوردي ٦/٨٩.

(٤) رد المحتار ٤/١٦٩.

(٥) منح الجليل ٣/٢٥٢، حاشية النفوسي على الإيضاح ٣/٦، ١٢٠، ٣٧٢، ٤٢٣.

(٦) المعونة على مذهب عالم المدينة ٢/٩٨٤.

(٧) الفروق ٢/١٣٤.

معين يتأخر قبضه للغَرَر؛ إذ لا يُدرى على أي صفة يُقبض»[١]، وكذا الخرشي بقوله: «مثل بيع الشيء المعين، وهو لا يجوز تأخير تسليمه بعد بيعه؛ لما يلحق ذلك من الغرر؛ لأنه لا يُدرى كيف يُقبض؛ لإمكان هلاكه قبل قبضه»[٢].

٤- ثم إنَّ المالكية بَنَوْا على عدم الأمن من هلاك المبيع المؤخَّر التسليم قبل قبضه أيلولة العقد إلى سَلَف يجر نفعًا، وذلك لا يجوز، فقال ابن عبد البر: «لأنه إن لم يقبضه، لم يؤمن عليه الهلاك قبل القبض، فيكون البائع قد انتفع بالثمن من غير عوض»[٣] وقال ابن رشد: «وذلك سَلَف جرَّ نفعًا»[٤].

وقال الخرشي: «من بيع معيَّن يتأخر قبضه، فإنه لا يجوز؛ لأنها قد يهلك قبل قبضه، فيدور الثمن بين السلفية (أي القرض) إنْ هلك وبين الثمنية إنْ لم يهلك»[٥].

٥- ولأنَّ الأجل في المبيع المعين لا معنى له؛ وذلك لأنَّ الأجل شُرِع؛ ترفيهًا (أي تخفيفًا وتوسيعًا)، فيليق بالديون دون الأعيان؛ لأنَّ الديون ليست معينة في البيع، فيحصل بالأجل الترفيه، أما المبيع المعين،

---

(١) التوضيح على جامع الأمهات ٤/٢٠٥.

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي ٣/٢٥٧، ومن أجل هذا نصَّ المالكية على أنه لا يجوز النكاح باشتراط تأخير تسليم الصَّداق المعين بعد العقد، كما لا يجوز ذلك في البيع؛ لأنه غَرَرٌ؛ إذ لا يُدرى هل يستمرُّ بحالـه أو يتغيـر. انظر: الصاوي على الشرح الصغير ٢/٤٣٣، الخرشي ٣/٢٥٧، منح الجليل ٢/١٠٤، كما نص المالكية على عدم جواز تأجيل الأجرة إذا كانت شيئًا معينًا؛ لنفس المعنى. انظر التوضيح على جامع الأمهات ٤/٢٠٥.

(٣) الاستذكار لابن عبد البر ١٦/٣٩٦.

(٤) المقدمات الممهدات ٢/٢٧.

(٥) شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٢١٧، وانظر: مواهب الجليل ٤/٥٣٤، منح الجليل ٣/٢٦.

فإنه معين حاضر، لا فائدة في الإلزام بتأخير تسليمه، فيكون إضرارًا بالمشتري من غير نفع للبائع؛ فيَفسد العقد باشتراطه[١].

تطبيقات الضابط:

١- لو باع شخص لشخص آخر آلة أو سيارة على أن يسلِّمها له بعد شهر، لم يصح البيع[٢]؛ لأن الأعيان المبيعة لا يجوز اشتراط الأجل في قبضها.

٢- مَن ابتاع معينًا شريطة أن لا يقبضه إلى سنة، كالحيوان ونحوه، ونقد ثمنه، فإنه لا يجوز ذلك[٣]؛ لأن الأعيان المبيعة لا يجوز اشتراط الأجل في قبضها.

٣- ذهب جماهير الفقهاء إلى عدم جواز السَّلم في معين، كما لو قال شخص لآخر: أسلمت إليك هذا الثوب أو مائة دينار في هذا الحصان إلى وقت كذا؛ وذلك لأنه يمكن هلاكه قبل ذلك، فتنتفي القدرة على تسليمه التي هي شرط صحة العقد، فهو غير مأمون السلامة من الآفات حتى يحين أجل تسليمه[٤]؛ فكانت صيغة السَّلَم هنا في معنى بيع العين، واشتراط تأجيل القبض لها (والسلم بيع)، والأعيان المبيعة لا يجوز اشتراط الأجل في قبضها.

---

(١) المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم ص ١٤٣.

(٢) انظر: النجم الوهاج للدميري ٥/٣٣٨.

(٣) المنتقى ٤/٢٥٦.

(٤) مغني المحتاج ٢/١٠٤، البيان للعمراني ٥/٤٠٢، النجم الوهاج ٤/٢٤٢، أسنى المطالب ٢/١٢٣، المعونة ٢/٩٨٤، المنتقى للباجي ٤/٢٩٢، بداية المجتهد ٢/٢٠٤، مواهب الجليل ٤/٥٣٤، الشرح الصغير للدردير ٣/٢٧٥، كشاف القناع ٣/٢٩٢، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٢١، معونة أولي النهى ٤/٢٩١، شرح الزركشي على الخرقي ٢/٤٤٧، الإيضاح للشماخي ٣/٣٧٢.

استثناءات من الضابط :

١- نصَّ بعض محققي المالكية على جواز اشتراط تأجيل تسليم العين المبيعة إذا كانت مأمونة الهلاك وتغيُّر الصفات التي كانت عليها عند العقد، فقال ابن القطان: «والأعيان المبيعة لا يجوز اشتراط الأجل في قبضها، إلا ما كان في العقار المأمون، وما أشبهه»[١].

وهذا ما اختاره الشوكاني فقال: «ولا مانع من أن يحصل التراضي على انتقال المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري بعد شهر أو سنة أو أكثر، إذا كان مما لا يجوز فيه المصير إلى صفة غير الصفة التي كان عليها عند التراضي، كالأراضي ونحوها من الأعيان التي لا تتغير بمضي مدة من الزمان عليها، فإنَّ هذه تجارة عن تراضٍ، أباحها الشرع، ولم يرد ما يدل على المنعِ منها، لا من شرع ولا عقل»[٢]، ويتخرج على هذا ما يلي:

إنَّ من الملاحظ في عصرنا الحاضر قيام الحاجة والمصلحة - بالنسبة إلى الأفراد والمؤسسات على حدٍّ سواء - إلى اشتراط تأجيل المبيع المعين إلى زمان مستقبل، إذا كانت العين المبيعة مأمونة الهلاك، والنقصان، والتعيّب، والتغير عن حالتها التي كانت عليها وقت التعاقد حتى يحين موعد التسليم، كما هو الحال في العقارات، والمصانع، والمعادن، وكثير من المواد الأولية، والآلات والمعدّات، والمنتجات الصناعية، وغيرها.

أ- فالشخص الطبيعي مثلا إذا عزم على ترك البلد الذي يعيش فيه، والانتقال إلى بلد آخر بعد ثلاثة أشهر مثلا؛ نظرًا لانتقال عمله إليه،

---

(١) الإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان ٢/ ٢٣٤.

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٣/٥٩- ٦٠.

وله بيت في البلد الأول يريد بيعه ليشتري بثمنه بيتًا في البلد الآخر، فإنه غالبًا ما يكون محتاجًا أو ذا مصلحة في بيع بيته بيعًا ناجزًا مع اشتراط تأخير تسليمه للمشتري إلى وقت مغادرته، أو بيعًا مضافًا إلى ذلك الزمن المستقبل، وأن يفعل مثل ذلك في شراء مسكن في الموطن الجديد.

ولا شك في أنه لو مُنع من ذلك - لعدم جواز اشتراط تأجيل المبيع المعين، وعدم جواز البيع المضاف إلى المستقبل، على قول جمهور الفقهاء والمانعين - لوقع في الحرج والمشقة، ولفاتت عليه مصالح معتبرة؛ إذ إنه عندما يحين وقت مغادرته البلد الأول قد لا يجد من يشتريه، أو لا يجده بثمن المثل، ومثل ذلك يقال في شرائه مسكنًا في الموطن الجديد عقب وصوله إليه، قد لا يجد منزلا مناسبًا يشتريه، أو لا يجده بثمن المثل.

ب- وكذلك الأمر بالنسبة للشخص الحكمي، كالشركات والمؤسسات ونحوها، عندما تخطط لبيع منشآت سكنية أو صناعية، أو مستودعات تملكها بعد ستة أشهر أو سنة مثلا، على أن تستمر في استخدامها أو تشغيلها حتى ذلك التاريخ؛ لحاجتها إلى ذلك، فإنه لا ريب في أن مصلحتها لا تتحقق، وحاجتها لا تندفع إلا بالأخذ بقول المجيزين - وهم كما أسلفنا جمع من محققي فقهاء المالكية، وابن تيمية، وابن القيم، والشوكاني - وذلك ببيعها بيعًا منجزًا مع اشتراط تأخير التسليم، بيعًا مضافًا إلى المستقبل، طالما أن المبيع مأمون الهلاك وتغير الحال والأوصاف حتى يحين موعد تسليمه، أو الزمان المستقبل الذي أضيف العقد إليه.

٢- ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يستثنى من حظر بيع الشيء المعين إلى

أجل الأعيان التي لا يمكن قبضها وجبة واحدة، وإنما تُقبض شيئًا بعد شيء، كالثمار المتلاحقة الظهور، وما كان مثلها[1]؛ للحاجة، قال ابن رشد: «والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الأعيان إلى أجل؛ لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله دفعة»[2].

أ. د. نزيه حماد

* * *

(١) انظر: الاستذكار لابن عبد البر ٣٩٦/١٦، المغني لابن قدامة ١٥٥/٦.

(٢) بداية المجتهد ١٥١/٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٢٨

نص الضابط: الأَجَلُ فِي البَيعِ لَهُ حِصَّةٌ مِن الثَّمَنِ[1].

صيغ أخرى للضابط:

١- الأجل المشروط في البيع له حصة من الثمن[2].

٢- الأجل في البيع يقتضي زيادة في الثمن[3].

٣- الأجل في البيع يأخذ قسطًا من الثمن[4].

٤- الأجل المشروط في عقد البيع يوجب نقصًا في الثمن[5].

٥- سعر المبيع الحاضر أقل من سعر الغائب[6].

---

(١) الشرح الكبير للدردير ١٦٥/٣، شرح مختصر خليل للخرشي ١٧٦/٥، التوضيح لخليل ٥٤٢/٥، وانظر: منح الجليل لعليش ٧١٧/٢، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٢٢١/٣، شرح الزرقاني على خليل ١٧٦/٥.

(٢) شرح الزرقاني على خليل ١٧٦/٥.

(٣) منح الجليل لعليش ٧١٧/٢.

(٤) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٩٩/٢٩.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٤٦٨/١.

(٦) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٢٥/٢٩.

صيغ ذات علاقة:

١- الأجل في المعاوضات يقتضي جزءاً من العِوَض[1]. (أعم).

٢- الأصل امتناع أخذ الأبدال عن الآجال[2]. (قاعدة/مخالفة).

شرح الضابط:

ذهب جماهير أهل العلم إلى أنَّ تأجيل الثمن في البيع يقتضي زيادة في الثمن؛ إذ الأجل فيه له حصة من الثمن، وبنوا على ذلك صحة بيع الشيء بثمنٍ مؤجل أكثر من سعر يومه لأجل النَّساء، وقالوا: يجوز أن يقول البائع للمشتري: بعتُك هذا الثوب بعشرة دراهم نقداً أو بعشرين نسيئة إلى سنة، فاختر إحدى البيعتين، فإذا اختار المشتري النقد أو النسيئة قبل التفرق، كان ذلك البيع صحيحًا مشروعًا[3].

قال الترمذي: «إذا قال البائع: أبيعُك هذا الثوب بنقد بعشرة، وبنسيئة بعشرين، فإذا فارقه على إحداهما فلا بأس، إذا كانت العقدة على واحدة منهما»[4].

وقال الخطابي: «وحُكي عن طاووس أنه قال: لا بأس أن يقول له: هذا الثوب نقداً بعشرة، وإلى شهر بخمسة عشر، فيذهب به إلى أحدهما، وقال

---

(١) انظر: المغني ٦/٤٣٢، الشرح الكبير على المقنع ١٢/٣٣٣، البيان للعمراني ٥/٤٥٧، وانظر: المبسوط للسرخسي ١٣/٣٥، ٧٨، ١٢٥، ٢٧/١٢٧، حيث وردت في المبسوط هذه القاعدة بعدة صيغ منها: «الأصل في البدل المؤجل أنه أنقص من الحال» و«أصل الأجل يمكّن نقصانًا في المالية، حتى يكون المؤجل أنقص من الحال»، و«البدل المؤجل أنقص من الحال في المالية»، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٨٧ فقد وردت فيه القاعدة بصيغة «المعجل أكثر قيمة من المؤجل».

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/٤٦٧.

(٣) شرح السنة للبغوي ٨/١٤٣، المغني ٦/٣٣٢، عارضة الأحوذي ٥/٢٤٠، نيل الأوطار ٥/١٥٢، مرقاة المفاتيح ٢/٣٢٣، المنتقى للباجي ٥/٣٩.

(٤) سنن الترمذي مع عارضة الأحوذي ٥/٢٣٩.

الحكم وحماد: لا بأس به ما لم يفترقا قبل ذلك، وقال الأوزاعي: لا بأس بذلك، ولكنْ لا يفارقه حتى يُبَاتَّه بأحد البيعين»، ثم علَّق على ذلك بقوله: «إذا بأتَّه على أحد الأمرين في مجلس العقد، فهو صحيح، لا خلاف فيه»[١].

قال ابن القيم: «فليس ها هنا ربًا، ولا جهالة، ولا غرر، ولا قمار، ولا شيء من المفاسد»[٢].

كما نصَّ جماهير الفقهاء على جواز كون الثمن المُعَجَّل في السَّلَم أقلَّ من القيمة الحاضرة للمثمن المؤجل، وذلك بأن يُزاد في مقدار المُسْلَمِ فيه مقابل تأجيله[٣]؛ لأن ما أباحه الشارع في عقد السلم من كون الثمن المعجل فيه أقل من القيمة الحاضرة، أي إنه يزاد في مقدار المسلم فيه مقابل التأجيل، يشهد لمذهب القائلين إن الأجل في البيع له حصة من الثمن.

قال السرخسي: «عقد السَّلَم من عقود المفاليس، فإنه يكون بدون ثمن المثل، ولو كان موجودًا في ملكه، لكان يبيعه بأوفى الأثمان، ولا يقبل السَّلَم فيه بدون القيمة»[٤].

وقال ابن القيم: «فإن المستسلف يبيع السلعة في الحال بدون ما تساوي نقدًا، والمُسْلِف يرى أن يشتريها إلى أجل بأرخص مما يكون عند حصولها، وإلا فلو علم أنها عند حلول الأجل تُباع بمثل رأس مال السلم، لم يُسْلِم فيها، فيذهب نفع ماله بلا فائدة، وإذا قصد الأجر أقرضه ذلك قرضًا، ولا يجعل ذلك سَلَمًا إلا إذا ظنَّ أنه في الحال أرخص منه وقت حلول الأجل»[٥].

---

(١) معالم السنن ٥/٩٨، ٩٩، وانظر: المصنف لابن أبي شيبة ٦/١١٩، ١٢١.
(٢) إعلام الموقعين ٣/١٦٢.
(٣) المغني ٦/٣٨٥، كفاية الأخيار ١/١٥٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٠، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٥٦٧، بداية المجتهد ٢/٢٠٣.
(٤) المبسوط ١٢/١٢٦.
(٥) زاد المعاد ٥/٨١٥.

أدلة الضابط :

١- قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥]؛ ذلك أن العرب في الجاهلية كانوا يتبايعون الشيء الذي عشرة في الحال بأكثر من ذلك إلى أجل، فلما جاء الإسلام أقرَّهم على ذلك، كما أنهم كانوا يتعاملون بالربا، يُعْرِض أحدهم المال للآخر بزيادة مشروطة بدلا عن الأجل، فأبطله الله تعالى وحرَّمه، وحَظَّر أن يؤخذ عن الأجل في القرض بدل[1].

فاعترضوا على هذا التحريم، بأن البيع بالنسيئة المتضمن زيادة في الثمن مقابل الأجل هو مثل القرض المتضمن زيادة في العوض مقابل الأجل، فكيف يكون الأول حلالا والثاني حرامًا؟ فنزل قوله تعالى: ﴿بِأَنَّهُمْ قَالُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰا۟ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥]؛ ردًا على شبهتهم بأن هناك فارقًا مؤثرًا بين البابين؛ ولذلك جازت الزيادة مقابل الأجل في البيع دون القرض.

وقد حكى الرازي شبهتهم في ربا النسيئة بقوله: «إنه لو باع الثوب الذي يساوي عشرة في الحال بأحد عشر إلى شهر جاز، فكذا إذا أعطى العشرة بأحد عشر إلى شهر، وجب أن يجوز؛ لأنه لا فرق في العقل بين الصورتين؛ وذلك لأنه إنما جاز هناك؛ لأنه حصل التراخي من الجانبين، فكذا ها هنا لما حصل التراخي من الجانبين وجب أن يجوز أيضًا»[2]، ثم نقل عن القفال الردَّ على شبهتهم بقوله: «الفرق بين البابين أنَّ مَن باع ثوبًا يساوي عشرة بعشرين فقد جعل ذات الثوب مقابلا بالعشرين، فلما حصل التراخي على هذا التقابل، صار كل

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/٤٦٧.

(٢) التفسير الكبير للفخر الرازي ٧/٩٠- ٩١.

واحد منهما مقابلا للآخر في المالية عندهما، فلم يكن أخذ من صاحبه شيئًا بغير عوض، أما إذا أعطى العشرة بالعشرين إلى أجل، فقد أخذ العشرة الزائدة من غير عوض»[١].

٢- ما روي عن ابن عباس، رضي الله عنهما، قال: «لا بأس أن يقول للسلعة: هي بنقد بكذا وبنسيئة بكذا، ولكن لا يفترقا إلا عن رضا»[٢]، ولم يعرف له في الصحابة مخالف.

٣- ولأن أساس الحكم بالمشروعية في القضية أنَّ الزيادة مقابل الأجل إنما وقعت في عقد معاوضة عن تراضٍ، والأصل جواز ما وقع عن تراضٍ، وعليه يكون أخذ الأبدال عن الآجال سائغ في النظر الشرعي في سائر عقود المعاوضات المالية؛ إذ أنَّ للأجل قسطًا من العوض فيها؛ لأنها تجارة أذن الشارع فيها، وجعلها سببًا مشروعًا للاكتساب والاسترباح، وطلب الفضل في حالة تعجيل العوض أو تأجيله على حد سواء، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، خلافًا لعقد القرض، فإنه لا يجوز أخذ العوض عن الأجل فيه؛ إذ هو من الربا المحرَّم بإجماع الفقهاء؛ وذلك لأنَّ القرض في النظر الشرعي منحة وإرفاق وإحسان من المـُقرِض للمقترض، قوامه تبرع المقرِض بمنافع ماله مدة القرض في الدار الدنيا، على أن يستوفي قيمتها مع ثوابها من الله تعالى في الدار الآخرة، ولا يُقبل شرعًا بحال جعل الإقراض سبيلا للاكتساب والاسترباح وطلب الزيادة بأخذ العوض عن الأجل فيه.

---

(١) التفسير الكبير للفخر الرازي ٧/٩٠، ٩١.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ١٠/٥٩٢ (٢٠٨٢٦).

تطبيقات الضابط :

١- من اشترى سلعة إلى أجل، وأراد أن يبعها مرابحة، فإنه يجب عليه أن يبين ذلك الأجل؛ لأنَّ له حصة من الثمن، وكذلك إذا اشتراها على النقد، ثم تراضيا على التأجيل»[(١)]، قال عليش: «لأنَّ اللاحق للعقد كالواقع فيه، ولأنَّ الرضا بالأجل بعد البيع دليل على زيادة في الثمن»[(٢)].

٢- نصَّ متأخرو فقهاء الحنفية على أنَّ من اشترى شيئًا بعشرة نقدًا، ثم باعه لآخر مرابحة بعشرين إلى أجل، وهو عشرة أشهر مثلا، فإذا قضاهُ بعد تمام خمسة أشهر، أو مات بعدها، يأخذ خمسة، ويترك خمسة»[(٣)].

قال ابن عابدين: «وجهه: أنَّ الربح في مقابلة الأجل؛ لأنَّ الأجل وإنْ لم يكن مالا، ولا يقابله شيء من الثمن، لكن اعتبروه مالا في المرابحة إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن، فلو أخذ كل الثمن قبل الحلول، كان أخذه بلا عِوض»[(٤)].

---

(١) شرح مختص خليل للخرشي ١٧٦/٥، وانظر التوضيح شرح جامع الأمهات ٥٤٢/٥، الشرح الكبير للدردير ١٦٥/٣.

(٢) منح الجليل ٧١٧/٢.

(٣) حاشية الطحطاوي على الدر ٣٦٣/٤، رد المحتار ٤٨٢/٥.

(٤) رد المحتار ٤٨٢/٥.

وقد بسط العلامة الأتاسي توجيه ابن عابدين بقوله: «إن المشتري لم يشترِ السلعة بثمن غالٍ إلا في مقابلة الأجل، وإن لم يكن مالا، ولا يقابله شيء من المال، إلا أنهم اعتبروه مالا هنا؛ لكونه مقابلا بزيادة الثمن، فلو أخذ كل الثمن قبل الحلول، كان أخذ بعضه بلا عوض، وفيه شبهة الربا، وشبهة الربا ملحقة بالحقيقة، فإذا مات وحل الأجل، سقط عنه من ثمن السلعة بقدر ما بقي منه، فهو نظير فوات الوصف المرغوب في البيع، كما إذا اشترى عبدًا بألف على أنه كاتب مثلا، فظهر بخلافه، فإنَّ له ردَّه وإن امتنع الردُّ لعلّة، رجع بالنقصان في الأصح» (شرح المجلة للأتاسي ٥٦٥/٤).

٣- قال مفتي الحنفية الأتاسي شارح المجلة العدلية، بعد أن ذكر المسألة السابقة: «وعلى هذا يتخرَّج جواز ما تعورف عليه بين تجار زماننا، وهو أن سلعة التجارة إذا كانوا يبيعونها بألف وعشرين، وهكذا كلما زاد الأجل شهرًا أو نصفه، كان بحسابه، حتى صار ذلك عُرفًا مطردًا بين التجار، يعرفه البائع والمشتري، فلو اشترى أحدهم تلك السلعة بألف ومائة إلى أجل عشرة أشهر، وأراد أن يُعجِّل الثمن بعد مضي شهر، ويخصم منه تسعين قرشًا، التي كانت مقابلة بالتسعة أشهر، يجوز له ذلك ويُجبَر البائع على قبوله، كما تقدم في الخانية»[1].

٤- إذا باع شخص شقصه لآخر بيعًا مؤجلا فللشفيع أخذه إلى ذلك الأجل الذي وقع تأجيل الثمن إليه إن كان الشفيع موسرًا يوم الأخذ، فإن لم يكن موسرًا يوم أخذ المبيع لكن ضمنه شخص آخر موسر، أو أتى برهن ثقة، كفاه ذلك، فلو لم يدفع الشفيع الثمن حتى حل الأجل، ثم طلب ضرب أجل كالأول، ففيه خلاف عند المالكية، رجَّح بعضهم إجابة الشفيع في طلبه الأجل؛ لأن الأجل له حصة من الثمن[2].

٥- إذا باع شخص بضاعة نسيئة إلى سنة بألف درهم، ثم اشتراها بأكثر من ذلك نسيئة إلى سنتين قبل قبض الثمن، جاز ذلك؛ لأن الزائد في الثمن الثاني بمقابلة النقصان المتمكن بزيادة الأجل[3].

أ. د. نزيه حماد

* * *

(١) شرح المجلة للأتاسي ٤/٥٦٥.
(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣/٤٧٨.
(٣) انظر: المبسوط ١٣/١٢٥.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٢٩

نص الضابط: مَا احْتِيجَ إلَى بَيعِه فَإِنَّهُ يُوَسَّعُ فِيهِ مَا لَا يُوَسَّعُ فِي غَيرِهِ[١].

صيغ ذات علاقة:

١- كل ما اشتدت الحاجة إليه، كانت التوسعة فيه أكثر[٢]. (أعم).

٢- الشارع لا يُحرِّم ما يحتاج الناس إليه من البيع لأجل نوعٍ من الغَرَر، بل يبيح ما يُحتاج إليه من ذلك[٣]. (عموم وخصوص من وجه).

٣- ما يُحتاج إلى بيعه يجوز بيعه وإنْ كان معدومًا[٤]. (أخص).

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٨٨/٢٩، المسائل الماردينية ص ٩٩.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٨٧/٤، وانظر قاعدة: «الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة» في قسم القواعد الفقهية.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٢٧/٢٩، وانظر قاعدة: «الحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر» في قسم القواعد الفقهية.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٨٥/٢٩.

شرح الضابط :

(الحاجة) في النظر الفقهي دون الضرورة، والمراد بها: أن يصل المرء إلى حالة جهد ومشقة إنْ لم يباشر الممنوع، دون أن يخشى على نفسه الهلاك أو نحو ذلك من الضرر العظيم[١]، أو: هي حالة تطرأ على الإنسان بحيث لو لم تُراع لوقع في الضيق والحرج دون أن تضيع مصالحه الضرورية، وضابط الحاجة إلى بيع من البيوع: أن يترتب على اجتنابه عسر وحرج؛ لفوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعًا.

ولقد فتحت الشريعة السمحة باب التوسعة والتخفيف والترخيص في كل بيع مست حاجة الناس إليه، إما ابتداء بنص شرعي على الإباحة، وإما استثناء من الأصول العامة؛ رفعًا للحرج عن العباد، ودفعًا للمشقة الشديدة والضيق والعَنَت الذي يلحقهم من حظر التعامل بما قامت حاجتهم إليه من البيوع، وهذا ما يقرره الضابط الذي بين أيدينا، قال ابن تيمية: «فيبيحه الشارع للحاجة مع قيام السبب الحاظر»[٢]، فـ«الشريعة جميعها مبنية على أنَّ المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيح المحرم»[٣]، «فلا ينبغي أن يُنظر إلى غلظ المفسدة المقتضية للحظر، إلا ويُنظر مع ذلك إلى الحاجة الموجبة للإذن»[٤].

أضف إلى ذلك أنَّ المصلحة التي تفوت الناس نتيجة امتناعهم عن إبرام بيوع يحتاجون إليها، ولا غنى لهم عنها أعظم وأخطر من المفسدة التي اقتضت حظرها في الأصل، فكانت أرجح من تلك المفسدة، ولزم تقديمها عليها، حيث «أجمعت الأمة على أنَّ المفسدة المرجوحة مغتفرة مع المصلحة

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي للسيوطي ص ٨٥.
(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٤٨٨، المسائل الماردينية ص ٩٩.
(٣) القواعد النورانية الفقهية ص ٢٦٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٤٩.
(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٦/١٨١.

الراجحة»، كما قال القرافي[١]، وكما قال ابن تيمية: «وسر الشريعة أنَّ الفعل إذا اشتمل على مفسدة مُنع، إلا إذا عارضتها مصلحة راجحة»[٢].

أدلة الضابط:

١- قاعدة: «الحرج مرفوع» المدلول عليها بقول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وقوله سبحانه: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة: ٦]، قال الجصاص: لما كان الحرج الضيق، ونفى الله عن نفسه إرادة الحرج بنا، ساغ الاستدلال بظاهره في نفي الضيق وإثبات التوسعة في كل ما اختلف فيه من أحكام[٣].

٢- «القواعد التي تقتضي اغتفار المحظورات الشرعية -كالجهالة والغَرَر- في كل بيع تشتد حاجة الناس إليه، وفقًا لقول الشافعي: «بُنيت الأصول على أنَّ الأشياء إذا ضاقت اتسعت»[٤]، وقاعدة: «الحاجة الخاصة تبيح المحظور»[٥]، و«الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»[٦].

---

(١) الذخيرة للقرافي ١٣/٣٢٢.

(٢) مختصر الفتاوى المصرية ص ٣٣٨.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢/٣٩١.

(٤) القواعد الكبرى للعز بن عبد السلام ٢/٣٢٦، وانظر أيضًا ٢/٢٣٣.

(٥) المنثور في القواعد ٢/٢٥.

(٦) المادة ٣٢ من مجلة الأحكام العدلية، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨.

تطبيقات الضابط :

١- اغتفار كل غرر تدعو إليه الحاجة في البيوع في قول جماهير أهل العلم[(١)]، قال العز بن عبد السلام: «كل غرر عَسُرَ اجتنابه في العقود، فإنَّ الشرع يسمح في تحمله»[(٢)] ثم ضرب ذلك مجموعة من الأمثلة فقال: «عفا الشرع عن بيع ما اشتدت مشقته[(٣)]، كالفستق والبندق[(٤)]، والبطيخ والرمان والبيض وأساس الدار المدفون في الأرض، وباطنِ الصُّبَر من الطعام، وباطن ما في الأواني من المائعات، واجْتَزَأَ فيه بالرضا فيما علمه المكلف من الأوصاف، ولم يشترط الرضا فيما وراء ذلك لما فيه من المشقة العظيمة»[(٥)].

وقال النووي: «الأصل أنَّ بيع الغرر باطل للحديث، والمراد ما كان فيه غَرَر ظاهر يمكن الاحتراز عنه، فأمّا ما تدعو إليه الحاجة، ولا يمكن الاحتراز عنه، كأساس الدار، وشراء الحامل[(٦)]، مع احتمال أنَّ الحمل واحد أو أكثر، وذَكَر أو أنثى، وكامل الأعضاء أو ناقصها، وكشراء الشاة التي في ضرعها لبن، ونحو ذلك، فهذا يصح بيعه بالإجماع»[(٧)].

وقال ابن تيمية: «مفسدة الغرر أقل من الربا، فلذلك رُخِّص فيما تدعو إليه الحاجة، فإنَّ تحريمه أشد ضررًا من ضرر كونه غررًا»[(٨)]،

---

(١) القواعد النورانية الفقهية ص ٢٢٩- ٢٣٠، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٢٥، ٢٦، ٤٨٦.
(٢) القواعد الكبرى ٢/ ١٥٩.
(٣) أي مشقة الاحتراز عن الغرر فيه.
(٤) أي في قشرهما.
(٥) القواعد الكبرى ٢/ ٣٠٠.
(٦) أي الشاة أو البقرة الحامل.
(٧) المجموع ٩/ ٢٥٨.
(٨) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٢٥- ٢٦، القواعد النورانية الفقهية ص ٢٢٩.

ثم ضرب على ذلك العديد من الأمثلة[١].

٢- يجوز بيع المـُغيبات من الخضار في الأرض التي يظهر ورقها، كالجزر والفجل واللفت والبصل والثوم والقلقاس ونحو ذلك، وإن لم تكن مشاهدة في قول مالك وبعض أصحابه، وهو قول في مذهب أحمد اختاره وصححه ابن تيمية[٢]، قال رحمه الله: «لأنَّ هذا مما تمسُّ حاجة الناس إلى بيعه؛ فإنه إذا لم يُبَعْ حتى يُقلع حصل على أصحابه ضرر عظيم»[٣]، ثم قال: «إنه يجوز بيعه إذا رؤي ما ظهر منه على الوجه المعروف، وهذا قول مالك، وقول في مذهب أحمد، وهذا أصح القولين، وعليه عمل المسلمين قديمًا وحديثًا، ولا تتم مصلحة الناس إلا بهذا؛ فإنَّ تأخير بيعه إلى حين قلعه يتعذر تارة ويعسر أخرى، ويفضي إلى فساد الأموال»[٤].

٣- إذا بدا صلاح بعض ثمر الشجرة جاز بيع جميعه باتفاق الفقهاء[٥] قال ابن قدامة: «ولا يختلف المذهب في أنَّ بدوَّ الصلاح في بعض ثمر النخلة أو الشجرة صلاح لجميعها، أعني أنه يُباح بيع جميعها بذلك، ولا أعلم فيه اختلافًا؛ لأنَّ اعتبار بدوِّ الصلاح في الجميع يشق»[٦]، وقال ابن تيمية: «بل إذا بدا الصلاح في شجرة، كان صلاحًا لذلك النوع في تلك الحديقة عند جماهير العلماء»[٧].

---

(١) المرجعان السابقان ومجموع الفتاوى ٢٩/٤٨٦.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٣٤٦، ٢٩/٣٦، ٤٨٨، المسائل الماردينية ص ٩٨.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٣٦.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٤٨٦.

(٥) المسائل الماردينية ص ١٠٠، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٤٨٩.

(٦) المغني ٦/١٥٦.

(٧) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٤٨٠.

٤- أجاز الإمام مالك، وأحمد في قول له، وبعض أصحاب الشافعي، وبعض محققي الحنفية كشمس الأئمة الحلواني وأبي بكر محمد بن الفضل، وهو رواية عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني، بيعَ ما لم يوجد من الزروع والثمار مع ما وجد، إذا كان الزرع والثمر مما تتلاحق أبعاضه في الوجود، كثمر النخل والتين والقثاء والخيار والباذنجان ونحو ذلك»[١]، «لأنَّ الحاجة داعية إلى ذلك»[٢].

قال ابن تيمية: «وهذا هو الصواب؛ فإنَّ بيعها لا يمكن في العادة إلا على هذا الوجه، وبيعها لقطة لقطة إما متعذر أو متعسر»[٣]، قال: «وكلاهما منتفٍ شرعًا»[٤]، وبيان ذلك كما قال القرافي: «إنَّ صاحب الشرع قد تسامح في جهالات في الشريعة، فعفا عن مرتكبها، وآخذ بجهالات، فلم يَعْفُ عن مرتكبها، وضابط ما يُعفى عنه من الجهالات: الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق، لم يُعْفَ عنه»[٥].

أ. د. نزيه حماد

* * *

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٠/٦، المبسوط للسرخسي ١٩٧/١٢، حاشية الطحطاوي على الدر المختار ٢٣/٣، مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٤٧/٢٠، ٤٨٤/٢٩، ٤٨٩.
(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٨٥/٢٩.
(٣) المسائل الماردينية ص ٩٩، مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٨٩/٢٩.
(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٨٥/٢٩.
(٥) الفروق للقرافي ١٥٠/٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٣٠

نص الضابط: الأَصْلُ ثُبُوتُ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ فِي بَيعِ الأَعْيَانِ الغَائِبَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- من اشترى شيئًا ولم يره كان له الخيار حين يراه[٢].

٢- للمبتاع خيار النظر في بيع الأعيان الغائبة[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- الأصل في العقود اللزوم[٤]. (أصل استثني منه الضابط).

٢- الأصل أن كل ما ينفسخ العقد فيه برد يثبت فيه خيار الرؤية، وما لا فلا[٥]. (أعم).

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/١٣٩.

(٢) مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/١٥٠، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/١٥٤ (المادة ٣٢٠).

(٣) المنتقى للباجي ٥/٢٤.

(٤) الفروق للقرافي ٣/٢٦٩، الروضة البهية للعاملي ٤/١٧٥، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٩/٢٥٠، وانظرها بلفظها، في قسم القواعد الفقهية.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٩٢.

٣- البيع منوط بالرضا[١]. (معللة).

٤- لا خيار شرعًا إلا في بيع مشروع[٢]. (قيد).

٥- خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة[٣]. (تفرع).

٦- خيار الرؤية لا يمنع انعقاد العقد في حق الحكم[٤]. (تكامل).

٧- الأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية[٥]. (تكامل).

شرح الضابط :

(الخيار): اسم مصدر (فِعال) من الخِيَرة والاختيار، يقال: اختار يختار اختيارًا، وهو طلب خير الأمرين: إمضاء العقد أو فسخه[٦].

والمقصود بـ(الخيار) في العقود: كون أحد العاقدين مخيرًا بين تنفيذ العقد وبين فسخه[٧]، والمراد بالأعيان الغائبة: أي الأشياء غير الموجودة في مجلس العقد، أو الموجودة في مجلس العقد ولكن يتعذر الوقوف على أوصافها، كالأشياء المستورة في أغلفة أو المخبوءة في أوعية، ويتعذر رؤيتها إلا عند التفريغ أو الاستعمال.

---

(١) روض الطالب لشرف الدين إسماعيل بن المقري اليمني مع أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣، وانظره بلفظه، في قسم الضوابط الفقهية.

(٢) بدائع الصنائع ٥/١٦٣.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٩٦، وانظر الضابط: «بيع الخيار دائر بين الانحلال والانعقاد» في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) بدائع الصنائع ٥/٢٦٦ وبلفظ آخر: «خيار الرؤية لا يمنع وقوع الملك» أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٥٢، وانظر الضابط: «بيع الخيار دائر بين الانحلال والانعقاد» في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) بدائع الصنائع ٥/٢٩٧.

(٦) المطلع للبعلي ص ٢٣٤.

(٧) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١١٢ مادة ١١٦.

والإضافة في جملة: «خيار الرؤية» من باب إضافة المسبب إلى السبب، بمعنى أن عدم الرؤية أو تعذرها في مجلس العقد هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية، وقيل: الإضافة من قبل إضافة الشيء إلى شرطه، بمعنى أن الرؤية شرط ثبوت الخيار[١].

واشتمال صيغة الضابط على لفظ الأعيان قيد تخرج به الديون في الذمة، فلا يتصور فيها خيار الرؤية[٢]؛ لعدم وجود سببه.

وهذا الضابط بظاهر ألفاظه وعمومها يفيد أن البيع الذي ينعقد على أعيان لا يمكن مشاهدتها على الحقيقة في مجلس التعاقد لسبب ما، يثبت فيه الخيار للعاقد بين إمضاء العقد أو ردِّه حين يرى المعقود عليه.

وبهذا يتضح أن البيع قسمان: أحدهما: بيع يقع على سلعة حاضرة مرئية، وهذا البيع لا يثبت فيه خيار الرؤية؛ لانعدام سببه، والآخر: بيع يقع على عين غائبة، أو موجودة يتعذر رؤيتها، وهذا هو الذي يثبت فيه خيار الرؤية، وهو خيار ثابت شرعًا لا شرطًا[٣].

والمقصود بالرؤية في هذا الباب: العلم بالشيء علمًا نافيًا للجهالة بمدرك من مدارك العلم به، بحسب ما تقضي به العادات والأعراف، وينتج عن ذلك ما يلي:

١- ما يتعذر الاستقصاء برؤية كل جزء منه تقوم رؤية الجزء فيه مقام رؤية الجميع في تحقيق المقصود، كالثياب المطوية، فرؤية الأصل فيه رؤية للتبع؛ لأن حكم الأصل حكم التبع، ما لم يكن كل واحد منهما

---

(١) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٤/٥٩٢، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٢/١٥٦-١٥٧.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/١٥٦، عقد البيع لمصطفى الزرقا ١/١٤٩.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٥٦٦.

مقصودًا بنفسه، كما لو اشترى ثوبًا منقَّشًا فرأى ظاهره مطويًّا ولم ينشره، فهو على خياره مالم ينشره ويرى نقشه؛ لأن النقش في الثوب المنقَّش مقصود رؤية البعض رؤية للكل[١].

٢- الأصل أنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية التي لا يختلف بها الثمن؛ وعليه فإن رؤية الظاهر من حيطان الدار المشتراة يتحقق به المقصود ولا حاجة لرؤية الباطن[٢]، مالم يكن الباطن مقصودًا بحسب العرف والعادة، فاليوم لا يتحقق المقصود إلا برؤية الداخل؛ للتفاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها وأدوات البناء، فأصبح النظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن[٣].

٣- الأصل أن التشبه يقوم مقام الحقيقة في رؤية المبيع في موضع العجز، فالأعمى مثلا تتحقق الرؤية في حقه بالجس فيما يجس، وبالذوق فيما يذاق، وبالشم فيما يشم، وبالوصف فيما يوصف؛ لأن هذه المدركات في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير، ولو رجع إليه بصره بعد علمه بالمبيع بمدرك من هذه المدارك لا يعود له الخيار؛ لأن الوصف في حقه كالخلف عن الرؤية؛ لعجزه عن الأصل، والقدرة على الأصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل حكم الخلف، كمن صلى بطهارة التيمم ثم قدر على الماء[٤].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٥/ ٤٠، بدائع الصنائع ٥/ ٢٩٣.

(٢) خالف في هذا زفر من الحنفية، وقال: رؤية الظاهر لا تجزئ عن رؤية الباطن. انظر: المبسوط ١٥/ ٤٠.

(٣) انظر: العناية للبابرتي ٦/ ٣٤٥، المنتقى للباجي ٥/ ٥٤- ٥٥ وفيه: «المراد بالصفة الفائتة التي تعطي المشتري الحق في فسخ العقد: كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها، وتتفاوت الأثمان لأجلها، وتقل الرغبة في العين، وتكثر بحسب عدمها ووجودها».

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٩٨، العناية ٦/ ٣٤٩.

٤- رؤية البعض من جنس، وعلى وصف لا تفيد العلم بجنس آخر وعلى وصف آخر، وعلى هذا إذا كانت المثليات مختلفة الجنس فلا تكفي رؤية جنس منها لإسقاط خيار الرؤية في الأجناس الأخرى، ويكون للمشتري خيار الرؤية فيه[(١)].

٥- رؤية المبيع في الماء أو المرآة أو بداخل قوالب زجاجية لا يسقط حق الخيار عند رؤيته؛ لأن الشيء قد يرى في الماء أو المرآة أو القوالب الزجاجية أكثر مما هو عليه، فلا يحصل المقصود بتلك الرؤية[(٢)].

٦- الرؤية من قبل الوكيل بالشراء كالرؤية من قبل الموكل، بخلاف الرسول بالشراء لا يملك، ولا تكون رؤيته رؤية المرسل؛ لأن الرسول متصرف بحكم الآمر، والمتصرف بحكم الآمر لا يتعدى إلى مورد الأمر، واختلف الفقهاء في رؤية الوكيل بالقبض هل تقوم مقام رؤية الموكل: قيل: لا تقوم مقام رؤية الموكل؛ لأنه مقيد بمورد الأمر، وقيل: هو في الرؤية كالموكِّل؛ لأن الرؤية من تمام القبض، والوكيل بالشيء وكيل بإتمام ذلك الشيء[(٣)].

٧- ضبط الأنموذج كذكر الصفات كافٍ في تحصيل العلم بمحل البيع، فالأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها فقط، كالمكيلات والموزونات، والمعدودات المتقاربة والثياب، التي تكون نسيج مكان واحد، فرؤية الأنموذج منه أو بعضه تكفي لسقوط خيار الرؤية؛ لأن المقصود معرفة صفة المبيع فبرؤية الأنموذج يحصل ذلك، وقد جرى العرف بذلك، فعلى هذا إذا

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٩٤.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٩٥.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٩٦.

اشترى شخص شيئًا من ذلك بعد رؤية أنموذجه فليس له خيار رؤية الباقي ما لم يكن الباقي أدنى من الأنموذج أو من البعض الذي رئي؛ فيكون مخيرًا بخيار العيب[(١)].

وهذا الضابط مرعي لدى الفقهاء في بيان الأحكام المتعلقة بخيار الرؤية في البيوع الواقعة على الأعيان غير المشاهَدة، على اختلاف بينهم في بعض التفريعات والتفصيلات، وبيان ذلك على النحو التالي:

أولاً: اختلف الفقهاء في شرط صحة جريان البيع في الأعيان غير المشاهدة على قولين:

القول الأول: يرى أنه يشترط لصحة بيع الأعيان الغائبة أن توصف، وعليه يتقرر للمبتاع خيار فوات الوصف عند رؤية المبيع، أما الأعيان الغائبة التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها على العقد فلا يصح بيعها؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر[(٢)]، ولما في الجهالة من الإفضاء إلى المنازعة المحرمة شرعًا، وهذا قول الشعبي، والنخعي، والحسن البصري، والأوزاعي، وإسحاق، والمالكية في مشهور المذهب، والشافعية في الجديد، والحنابلة في الأظهر، وأهل الظاهر، وبعض الزيدية، والإمامية، وبعض الزيدية، وبعض الإباضية[(٣)].

القول الثاني: يرى أن المبيع معلوم العين مقدور التسليم يجوز بيعه بلا وصف، وهو قول الحنفية، وبعض المالكية، وقول في مذهب الشافعية، ورواية

---

(١) انظر: درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، الفروع لابن مفلح ٢١/٤.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١١٥٣/٣ (١٥١٣) من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه مرفوعًا.

(٣) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٢٩٦/٤، حاشية الدسوقي لابن عرفة ١٥٨/٣، المجموع للنووي ٣٥٥/٩، طرح التثريب للعراقي ١٠١/٦- ١٠٢، المغني لابن قدامة ١٥/٤، المحلى لابن حزم ٢١٤/٧، التاج المذهب للعنسي ٣٦٩/٢، شرائع الإسلام للحلي ١٨/٢، الروضة البهية للعاملي ٤٦٢/٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٢٣٤/٨، ٢٣٧.

للحنابلة، وقول للزيدية، وبعض الإباضية[١]، واستدلوا على ذلك بأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه لو لم يوافقه يرده، فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه[٢].

ولكن اختلف أصحاب هذا القول فيما يثبت به خيار الرؤية حينئذ: هل يثبت بحكم الشرع أو بالشرط؟ يرى أكثر القائلين بهذا القول أنه يثبت بالشرع، فلا يشترط ذكره عن العقد، وقال المالكية، والإباضية، يشترط أن يجعل للمشتري في بيع الأعيان الغائبة بلا وصف الخيار إذا رآه؛ وعليه إذا انعقد البيع على الإلزام أو سكتا عن شرط الخيار فالبيع فاسد[٣].

ثانيًا : اتفق الفقهاء على ثبوت خيار الرؤية للمشتري، فيما يثبت الخيار فيه بحسب ما هو معتبر لديهم، ولكنهم اختلفوا في ثبوت الخيار للبائع إذا باع ما لم يره على النحو التالي:

القول الأول : يرى أن البائع كالمشتري يثبت له خيار الرؤية، وممن قال بهذا الحنابلة في المشهور عندهم، وهو قول لأبي حنيفة، وابن شبرمة، والإمامية، واستدلوا على ذلك بأن البيع يعتبر فيه الرضا من العاقدين؛ فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضا منهما[٤].

---

(١) انظر: المبسوط ١٣/١٦٣، مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٩٦، حاشية الدسوقي ٣/١٥٨، المجموع للنووي ٩/٣٥٥، طرح التثريب للعراقي ٦/١٠١، ١٠٢، المغني لابن قدامة ٤/١٥، المحلى لابن حزم ٧/٢١٤، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٣٥١، التاج المذهب للعنسي ٢/٣٦٩، شرائع الإسلام للحلي ٢/١٨، الروضة البهية للعاملي ٣/٤٦٢، شرح النيل وشفاء العليل ٨/٢٣٤، ٢٣٧.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٥٥.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٤/٢٩٦، حاشية الدسوقي ٣/١٥٨، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨/٢٣٧.

(٤) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٣٥، المغني ٤/١٥، شرائع الإسلام ٢/١٨، الروضة البهية ٣/٤٦٢، المحلى ٧/٢١٦.

القول الثاني: يرى عدم ثبوته للبائع، وممن قال بهذا بعض الحنفية، وقول للشافعية في القديم[(١)]، والحنابلة في رواية أخرى، وأهل الظاهر[(٢)]، واستدلوا على ذلك بحديث ابن أبي مليكة: أن عثمان ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضًا بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة، فلما تباينا ندم عثمان، ثم قال: بايعتك ما لم أرَه، فقال طلحة: إنما النظر لي إنما ابتعت مغيبًا وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت، فجعلا بينهما حكمًا فحكَّما جبير بن مطعم فقضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيبًا. فالقضاء بجعل الخيار لطلحة لشراء ما لم يره دون عثمان الذي باع ما لم يره بمحضر من صحابة رسول الله ﷺ دليل على ثبوت خيار الرؤية للمشتري دون البائع[(٣)]، ولأن الخيار لا يثبت له إلا لتوهم الزيادة، والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار، ولأن تمام الرضا في حق البائع باعتبار علمه بما يدخل في ملكه لا بما يخرج عن ملكه، والمبيع يخرج عن ملك البائع، وإنما يدخل في ملكه الثمن، وطريق إعلامه بالثمن هو التسمية دون الرؤية، ويستثنى من ذلك إذا كان الشخص مشتريًا من وجه وبائعًا من وجه، فمن جهة كونه مشتريًا يثبت له خيار الرؤية في المال الذي اشتراه، كبيع المقايضة، إذا قايض شخصًا آخر فاعطاه دارًا وأخذ منه حنطة، فلكل من هذين المتقايضين خيار الرؤية في المال الذي اشتراه[(٤)].

ثالثًا: إذا كان المقرر بهذا الضابط هو ثبوت الخيار للعاقد عند رؤية المبيع، فإن هذا الأثر يظهر فيما يتعلق بتمام العقد لا بانعقاده، قال الكاساني:

---

(١) يجدر التنبيه إلى أن قول الشافعي في الجديد يذهب إلى أن بيع الشخص لما لم يره باطل قطعا انظر: المجموع ٩/٣٥١.

(٢) انظر: المبسوط١٣/٧١، بدائع الصنائع٥/٢٩٢، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٣٥، المغني ٤/١٥، المجموع ٩/٣٥١، المحلى ٧/٢١٦.

(٣) شرح معاني الآثار للطحاوي ٤/٣٦٢.

(٤) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٣٢٠.

«خيار الرؤية لا يمنع انعقاد الحكم في حق الحكم»[١]، أي وقوع الملك للمشتري، حتى لو أنه تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن[٢]، فهو بيع قائم على خطر الزوال[٣].

رابعًا: الأصل أن فسخ العقد هنا لا يتوقف على قضاء ولا رضا، بل بمجرد قول المشتري عند رؤية المبيع رددت العقد ينفسخ، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده، ولكن يشترط علم البائع بذلك[٤].

خامسًا: خيار الرؤية من الحقوق الثابتة لحق العبد، ويترتب على ذلك أنه ينتقل إلى الورثة؛ لأن الحقوق المتعلقة بالأموال تورث كما يورث المال، ويكون ذلك في صورتين: إحداهما: إذا مات المشتري قبل أن يطَّلع على المبيع، أو إذا اطلع عليه ولم يتمكن من الفسخ حتى مات[٥].

سادسًا: ليس للمشتري إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية؛ لأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف والرضا بالشيء قبل العلم به والعلم بوجود سببه محال، فكان ملحقًا بالعدم، أما الفسخ ففيه قولان: أحدهما: له ذلك؛ لأنه عقد غير لازم، والثاني: ليس له ذلك؛ لأنه خيار قبل الرؤية[٦].

سابعًا: خيار الرؤية ثابت على خلاف الأصل المقرر شرعًا، وهو «الأصل في العقود اللزوم»[٧]، فالخيار ثبت معدولا عن الأصل بالنص الوارد في (شراء

---

(١) بدائع الصنائع ٢٦٦/٥.

(٢) الجوهرة النيرة للعبادي ١٩٤/١.

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢٥٢/٢.

(٤) وخالف في هذا أبو يوسف، وذهب إلى أن المشتري لا يستقل هنا بفسخ البيع انظر: حاشية الشلبي ٢٤/٤.

(٥) انظر: المنثور للزركشي ٥٦/٢.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٢٩٧/٥.

(٧) الفروق للقرافي ٢٦٩/٣.

ما لم يره)، وعليه فإذا كان المشتري قد رأى المبيع، فلا يثبت له الخيار، ما لم يتغير المبيع عن حاله فيكون له الخيار؛ لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئًا آخر، وفي ذلك يقول الكاساني: خيار الرؤية بعدما سقط لا يعود إلا بسبب جديد[(١)].

ثامنًا: خيار الرؤية يثبت على الفور؛ لأنه خيار يثبت لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور كالشفعة، وممن قال بهذا بعض الشافعية، ورواية للحنابلة والزيدية وبعض الإمامية، وقيل: يثبت مطلقًا في جميع العمر إلى أن يوجد ما يبطله، وممن قال به: الحنفية وبعض الإمامية؛ لأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا والحكم يبقى ما بقي سببه، وقيل، وهو رواية في مذهب الحنابلة: يتقيد بالمجلس الذي تحققت فيه الرؤية؛ لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط فيقيد بالمجلس كخيار المجلس[(٢)].

أدلة الضابط :

١- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[(٣)]، الحديث نص في موضوع الضابط.

٢- عن علقمة بن وقاص الليثي أنه قال: اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان بن عفان مالا فقيل لعثمان: إنك قد غُبنت، وكان المال بالكوفة، فقال عثمان: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أرَ. فقال طلحة:

(١) انظر: بدائع الصنائع البدائع ٥/٢٩٣، ٢٩٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٩٥ العناية ٦/٣٤٩، المجموع ٩/٣٥٥، المغني ٤/١٥، التاج المذهب ٢/٤٠١، الروضة البهية ٣/٤٦٢.

(٣) رواه الدارقطني ٣/٤-٥ (١٠)، والبيهقي في الكبرى ٥/٢٦٨ من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه، ورواه أيضًا الدارقطني ٣/٤ (٨)، والبيهقي في الكبرى ٥/٢٦٨، عن مكحول مرسلا.

لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أرَ فحكَّما بينهما جبير بن مطعم، فقضى أن الخيار لطلحة، ولا خيار لعثمان[١]، فالقضاء بجعل الخيار في البيع الواقع على الأعيان غير المرئية بمحضر من صحابة رسول الله ﷺ دليل على ثبوت خيار الرؤية فيه[٢].

٣- قاعدة: «الأصل أن كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية، وما لا فلا»[٣] ودليلها؛ لأن الأصل ودليله دليل لما يتفرع عنه ويتخرج عليه.

٤- لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا، فتوجب خللا فيه، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار؛ لأن البيع كما هو مقرر شرعًا منوط بالرضا، ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه، فيحتاج إلى التدارك؛ فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم؛ نظرًا له[٤].

تطبيقات الضابط :

١- إذا بِيع شيء في وعاء من غير أن يراه المشتري، ثبت له حق خيار الرؤية عند رؤيته، فإما أن يمضيه، وإما أن يرده[٥]؛ لأن الأصل ثبوت خيار الرؤية في بيع الأعيان غير المرئية.

٢- يجري خيار الرؤية في عقد الاستصناع، باعتباره نوعًا من أنواع

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٠، ٣٦١، وابن حزم في المحلى ٨/٣٣٨.
(٢) شرح معاني الآثار للطحاوي ٤/٣٦٢.
(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٩٢.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٩٢.
(٥) انظر: المبسوط ٦/٢٠٩.

البيوع، إذا فاتت الأوصاف المتفق عليها بين العاقدين[١]؛ لأن الخيار يثبت في البيع الواقع على أعيان غير مرئية.

٣- إذا اشترى الأعمى شيئًا فجسَّه أو شمه أو ذاقه فلا خيار له - جريًا على مفهوم الضابط - لأن ذلك بمثابة الرؤية في حقه[٢]، وخيار الرؤية إنما يثبت في بيع الأعيان غير المرئية.

٤- إذا اشترى رجل سيارة غير موجودة عند البائع حين العقد، لكن وصفها له البائع من حيث نوعها، وسنة صنعها، ولونها، وبعض أوصافها، وتم العقد على ذلك، وحينما جيء بالسيارة ورآها المشتري تبين له أن فيها اختلافًا في بعض أوصافها، كاختلاف النوع، أو سنة الصنع، أو اللون، فللمشتري الخيار: إما أن يرضى بالصفقة الحاضرة، أو يفسخ العقد[٣]؛ لأن الخيار يثبت في بيع الأعيان غير المشاهدة وقت العقد.

أ.د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: فتح القدير ٥/٥٣٣، حاشية ابن عابدين ٤/٦٣، البدائع ٥/٢١٠.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٣٢٩.

(٣) انظر: موسوعة القواعد للبورنو ١٠/٩٣٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٣١

نص الضابط: الأَصْلُ ثُبوتُ الخِيَارِ في كُلِّ بَيْعٍ تَحَقَّقَ فِيهِ الغَبْنُ الفَاحِشُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- يرد المبيع بالغبن الفاحش[٢].

٢- إنما يثبت خيار المغابنة في الغبن الفاحش لا المعتاد[٣].

٣- يثبت خيار الرد بالغبن الفاحش مع التغرير[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- الضرر يزال[٥]. (معللة).

٢- المعاوضة مبناها على المعادلة والمساواة[٦]. (معللة).

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٢١٢/٤، ٢١٨ وما بعدها، رسائل ابن عابدين ٦٨/٢ - ٨٢، الموسوعة الكويتية ١٥١/٢٠.

(٢) انظر: مرآة المجلة ليوسف آصاف ١٧١/١.

(٣) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٣٥٤/٤.

(٤) زواهر الجواهر للتمرتاشي الابن ١/٧٠/أ.

(٥) السيل الجرار للشوكاني ٩٧/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٦٦/٣٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٣- التراضي هو المناط في المعاوضات الشرعية[١]. (معللة).

٤- مبنى البيع على المساواة والمعادلة من الجانبين[٢]. (أعم).

شرح الضابط :

(الغبن) في اللغة: النقص، وغبنه في البيع والشراء: غلبه، وفي القاموس: غبنه في البيع: خدعه[٣]، والمعنى الاصطلاحي للغبن مستمد من المعنى اللغوي نفسه، فهو كما يقول ابن نجيم: «النقص في الثمن في البيع والشراء»[٤].

وهذا الضابط يقرر أن البائع أو المشتري إذا غُبن في ثمن السلعة المبيعة غبنًا لم تجرِ العادة بالتغابن به؛ فإن الخيار يَثْبُت للطرف المغبون الجاهل بالغبن في الإمساك بالبيع أو المطالبة بفسخه؛ تداركًا للضرر الذي لحق به، بخلاف ما إذا كان الغبن يسيرًا فالبيع معه نافذ؛ لأن الغبن اليسير لا يمكن الاحتراز منه، ولو حكمنا برد البيوع لأجله لم ينفذ بيع أبدًا؛ لأن المبايعات لا تخلو منه عادة[٥].

ويجدر التنبيه إلى أن الفقهاء اختلفوا في تقدير الغبن الفاحش، ومجال إعمال الضابط، وحاصل ذلك ما يلي:

أولاً: تقدير الغبن الفاحش لدى الفقهاء :

١- يرى الحنفية أن الغبن الفاحش: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، كما لو وقع البيع بعشرة مثلا، ثم إن بعض المقومين يقول: إنه يساوي

(١) السيل الجرار للشوكاني ٥٩/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المحيط البرهاني ٤٥٩/٩.

(٣) انظر: المصباح المنير، المغرب، مقاييس اللغة (مادة غبن)، رد المحتار لابن عابدين ١٥٩/١.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم ١٦٩/٧.

(٥) انظر: العناية للبابرتي ١٤٢/١.

خمسة، وبعضهم ستة وبعضهم سبعة، فهذا غبن فاحش، وما دون ذلك مما يدخل تحت تقويم المقومين، أي ما يتناوله تقدير الخبراء فهو غبن يسير، كشراء شيء بعشرة، ثم يقدره خبير بثمانية أو تسعة أو عشرة مثلا، فهذا غبن يسير، وقدّرت مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٦٥) الغبن الفاحش بأنه نصف العُشر أي (٥) في العروض التجارية، والعُشر أي (١٠) في الحيوانات، والخُمس أي (٢٠) في العقار، أو زيادة[١].

٢- اختلفت الروايات في المذهب الحنبلي في تقدير الغبن الفاحش الذي يثبت به الخيار، فقدره بعضهم بالسدس وقدره بعضهم بالثلث[٢].

٣- يرى الزيدية: أن الغبن الفاحش هو ما زاد على نصف عشر القيمة[٣]، وما دون ذلك فهو غبن يسير.

٤- يرى الإباضية: أن مقدار الغبن الذي لا يتغابن الناس في مثله هو العُشر في قول، والربع في قول آخَر[٤].

٥- يرى أهل الظاهر أن زيادة ثمن الشيء عن أكثر مما يساوي أو نقصه عنه غبن فاحش يثبت به الخيار[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ٣٠، الدر المختار للحصكفي ٤/ ١٦٦، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ٢٧٩، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٢٦٥.

(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣/ ٦٥٢.

(٣) انظر: التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٣/ ٤٩٤، البحر الزخار ٨/ ٢٩٢.

(٤) انظر: منهج الطالبين للرستاقي ١٥/ ٥٠٠.

(٥) انظر: المحلى لابن حزم ٧/ ١١٢.

ثانيًا: مجال إعمال الضابط لدى الفقهاء:

١- يشترط لدى الفقهاء المقررين للضابط جهل المغبون بحال الغبن عند التعاقد، أما إذا كان عالمـًا بالغبن وأقدم على التعاقد فلا خيار له؛ لأنه أُتي من قبل نفسه، فكأنه أسقط حقه راضيًا[١].

٢- يرى الحنفية في ظاهر الرواية أن الغبن الفاحش المجرد عن الخديعة لا أثر له على العقد، فلا يجيز رد المعقود عليه أو فسخ العقد؛ لأن الغبن المجرد عن الخديعة يدل على تقصير المغبون، وعدم ترويه، وسؤاله أهل الخبرة، ولا يدل على مكر العاقد الآخر.

وذكر الحنفية ثلاث حالات يجوز فيها الفسخ بالغبن الفاحش المجرد عن التغرير، وهي: أموال بيت المال، وأموال الوقف، وأموال المحجور عليهم بسبب الصغر أو الجنون أو السفه.

وفي رواية ثانية عندهم: لا يُردُّ بالغبن الفاحش مطلقًا، أي سواء صاحبه تغرير أو لا، وفي رواية ثالثة: ثبوت حق الرد بالغبن الفاحش مطلقًا[٢].

٣- يرى المالكية: أن البيع مع الغبن صحيح، مع حرمة المغابنة للنهي عنها، ويُعطى الطرف المغبون الخيار بالفسخ في حالة بيع النجش وبيوع الاسترسال[٣].

٤- ذهب الشافعية إلى أن الخيار لا يثبت لمجرد الغبن ولو كان فاحشًا،

---

(١) انظر: البحر الزخار ٣/٣٥٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠/١٥٠.

(٢) انظر: الدر المختار ورد المحتار٤/١٥٩، ١٦١، ١٦٦ وما بعدها، رسائل ابن عابدين ٢/٦٨، ٨٢، مجلة الأحكام العدلية (المادة ٣٥٦).

(٣) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٧٠، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٦٤، الشرح الكبير للدردير ٣/٦٧٧٠.

إنما يثبت لعيب أو تدليس؛ لأن الغبن الخالي عن العيب والتدليس إنما أدخله المغبون على نفسه بترك التبصُّر وعدم مراجعة أهل الخبرة[١].

٥- ذهب الحنابلة إلى أن الغبن الفاحش يؤثِّر في العقد فيجعله غير لازم، سواء أكان بتغرير أم بغير تغرير، ويعطى للمغبون حق فسخ العقد في حالات ثلاث هي:

أ- **تلقِّي الرُّكبان**: وهو أن يتلقى شخص طائفة من الناس يحملون متاعًا إلى بلد، فيشتريه منهم قبل قدومهم البلد ومعرفتهم بالسعر، وهو حرام، ويثبت لهم حق الفسخ إذا غُبنوا غبنًا فاحشًا.

ب- **النَّجْش**: وهو زيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع، لا لرغبة في شرائها، بل ليخدع غيره، فيثبت الخيار للمشتري إذا لم يعلم بأن الذي يزيد لا يريد الشراء.

ج- **المسترسِل**: وهو من لا خبرة له بالمساومة ولا دراية له بأثمان المبيعات[٢].

٦- يرى الزيدية أن الخيار يثبت في غبن الصبي، والمتصرف عن الغير، كوكيل اشترى أو باع وغُبن غبنًا فاحشًا حال العقد، ما لم يكن الوكيل مفوضًا، أو كان الغبن الفاحش لمصلحة، أو كان مما يتغابن الناس بمثله فلا خيار[٣].

٧- يرى أهل الظاهر أنه لا يحل بيع شيء بأكثر مما يساوي، ولا بأقل مما

---

(١) انظر: تكملة المجموع للسبكي ١١/٥٧١.

(٢) انظر: المغني ٤/٢١٢، ٢١٨ وما بعدها.

(٣) انظر: التاج المذهب لأحكام المذهب ٣/٤٩٤، البحر الزخار ٨/٢٩٢.

يساوي إذا اشترط البائع أو المشتري السلامة إلا بمعرفة البائع والمشتري معًا بمقدار الغبن في ذلك ورضاهما به، فإن اشترط أحدهما السلامة ووقع البيع ولم يعلما قدر الغبن، أو علمه غير المغبون منهما ولم يعلمه المغبون؛ فهو بيع باطل مفسوخ[١].

٨- يرى الإمامية أن من اشترى شيئًا ولم يكن من أهل الخبرة، وظهر فيه غبن لم تجرِ العادة بالتغابن به كان له فسخ العقد[٢].

٩- يرى الإباضية في قول أن الغبن لا يمضي على من لا يعلمه، وقيل: لا أثر للغبن إلا في مواضع التهمة، كالاحتكار، والنجش، وتلقي الركبان، ونحو ذلك[٣].

أدلة الضابط:

١- ما رُوي عن منقذ بن عمرو أنه كان يُغبَن، فأتى النبي ﷺ يذكر ذلك له، فقال له: «إذا أنت بعت فقل: لا خِلابَة[٤]، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليالٍ، فإن رضيت فأمسكها، وإن سخطت فارددها على صاحبها»[٥]، فالنص فيه دليل على أن خلابة الخالب، أي خدعة الخادع، لا تنفذ على مغبون مستسلم[٦].

٢- قاعدة: «الضرر يُزال»[٧]، وإثبات الخيار للمغبون بِرَدِّ المبيع فيه إزالة للضرر الواقع عليه بالغبن.

---

(١) انظر: المحلى ١١٢/٧.
(٢) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢٤٣/٢.
(٣) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٩٧/٨- ١٩٨.
(٤) الخلابة: الخديعة.
(٥) رواه ابن أبي شيبة في مسنده ٧٣٨/١، وابن ماجه ٧٨٩/٢ (٢٣٥٥)، والدارقطني ١٠/٤.
(٦) انظر: المنتقى للباجي ١٠٨/٥.
(٧) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٤٥/١ (المادة ٢٠).

٣- القواعد القاضية بأن المعاوضات المالية مبناها على المعادلة والمساواة ومناطها التراضي، وأدلتها؛ لأن المبايعات المنطوية على الغبن الفاحش فقدت صفة المعادلة والمساوة التي هي مطلوب المتعاقدين لتحقق الرضا الكامل، الذي هو قوام العقود، فلأجل تدارك ذلك يثبت الخيار في حق الطرف المغبون الجاهل بواقعة الغبن.

تطبيقات الضابط:

١- إذا باع سلعة بألف، وهي تساوي عند التقويم ألفًا وخمسمائة، فهذا غبن فاحش، يثبت للبائع خيار الغبن[(١)].

٢- إذا دخل السوق واشترى سلعة بألف، ثم تبين أنها لا تساوي إلا ثمانمائة، فهذا غبن فاحش يثبت له الخيار، ولكن إذا تبين أنها تساوي تسعمائة وخمسين مثلا أو تسعمائة وسبعين فهذا غبن يسير يتغابن به الناس، فلا يثبت له فيها خيار الغبن[(٢)].

٣- لو قال البائع للمشتري: إن قيمة هذا المال مائة ريـال، وقد أراد فلان شراءه مني بكذا، فاشترى المشتري ذلك المال بناء على هذا القول، ثم ظهر أن قيمته تنقص نقصانًا فاحشًا، وظهر أن ذلك الشخص لم يساوم البائع بذلك الثمن؛ فللمشتري فسخ البيع[(٣)].

٤- إذا وكَّل رجلا في بيع سيارة، ولم يحدد لها ثمنًا، فباعها الوكيل بأقل من ثمن المثل مما يتغابن الناس به صح البيع، ولا ضمان على الوكيل[(٤)]؛ عملا بمفهوم الضابط.

براء الإدلبي

* * *

(١) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٣/١٧٠.
(٢) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٣/١٧١.
(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٢٦٨.
(٤) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٣/١٧١.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٣٢

نص الضابط: كُلُّ عَيبٍ يُوجِبُ الرَدَّ عَلَى البَائِعِ يَمْنَعُ الرَدَّ إِذَا حَدَثَ عِنْدَ المُشْتَرِي، وَمَا لَا فَلَا[1].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل عيب يوجب الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث مثله عند المشتري[2].

٢- كل عيب يوجب الرد على البائع يمنع الرد إذا وُجد عند المشتري[3].

٣- كل ما أثبت الرد على البائع منع الرد من المشتري[4].

صيغ ذات علاقة:

١- المشتري متى تصرف في المشترَى بعد العلم بالعيب تصرف الملاّك بطل حقه في الرد[5]. (تكامل).

---

(١) المنثور للزركشي ٣/١٠٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٧٠٣، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/١٤١، حاشية البجيرمي على الخطيب ٧/٤٣٦، الأحكام للهادي إلى الحق ٢/٤٧.

(٢) شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/١١٨.

(٣) المغني لابن قدامة ٤/١٦٤، أشباه ابن السبكي ١/٢٨٤.

(٤) تكملة المجموع للسبكي ١١/٥٤٩.

(٥) الذخيرة البرهانية لابن مازه ٥/٢٨٤.

٢- جُلّ ما لا يثبت بفواته في يد البائع خيار لا يمنع الرد إذا حدث عند المشتري[١]. (قسيم).

شرح الضابط :

المعنى الإجمالي للضابط: هو أن العدل والتساوي في تحمّل التبعة مطلوب في كل المعاملات، ومنها عقد البيع.

فإذا وَجد المشتري في السلعة عيبًا كان البائع قد أخفاه، أو لم يطلع عليه حين التعاقد جاز للمشتري رد تلك السلعة على البائع؛ رفعًا للضرر عن المشتري.

وقد اتفق الفقهاء على أنه يُشترط في العيب الذي يردُّ به المبيع أن يكون قديمًا، أي أنه حدث عند البائع، سواء حدث قبل العقد أو معه، أو حدث بعد العقد وقبل القبض، فيكون للمشتري الرد إذا لم يتمكن من إزالته بلا مشقة، فإن تمكن من إزالته فلا رد[٢].

وبمقابل ذلك إذا حدث عيب جديد عند المشتري بعد تسلُّم السلعة المعيبة، فإن هذا يمنع الرد على البائع؛ لاجتماع عيب قديم وجديد في مبيع واحد، وهذا هو مفاد الضابط الذي بين أيدينا، لكن للمشتري أن يرجع على البائع بنقصان العيب القديم، إلا أن يرضى البائع بالرد[٣]، فله ذلك مع قيمة

---

(١) المجموع للنووي ١١/٥٤٩.

(٢) انظر: رد المحتار ٤/٧٢، ترتيب الأشباه ص٢٦٣، الفتاوى الهندية ٣/٦٦، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٣٥٢، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/١٦٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١٢٩، المهذب ١/٤٢٥، المغني ٦/٣٠-٣١، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢/٧١.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٣٥٢، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٣/٣٧٥، ٣٧٦.

العيب الجديد؛ لأن العيب الذي يحدث في المبيع بعد التسليم عند المشتري على ضمان المشتري ومسؤوليته[١].

ذلك أن العقد المبرم بين العاقدَين يقوم على الالتزام بما ألزم به كل منهما نفسه من مبيع وثمن، بموجب العقد؛ ولذا كان حق الرد للمعيب مقيدًا بألا يقع ما يخل بالالتزامات الموزعة في العقد، فإذا تعيب المبيع عند المشتري بعيب حادث، سواء كان بفعل المشتري، أو بآفة سماوية، أو بفعل المعقود عليه إن كان ذا حياة، فإن الرد للمعيب - وهو الموجب الأصلي - يمتنع، وينتقل إلى الموجب الخلَفي وهو الرجوع بالنقصان؛ لأن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض، ولأن في الرد إضرارًا بالبائع، وهو إخلال بطبيعة العقد؛ لأن المبيع خرج عن ملكه سالمـًا من العيب الحادث، فلو أُلزم به معيبًا تضرر، وبما أنه لا بد من دفع الضرر عن المشتري؛ لمقابلة الجزء الفائت الذي صار مستحقًا له بالعقد، فقد تعين الرجوع بالنقصان ورد حصة الجزء الفائت بالثمن.

ولم يجعل الحنفية والحنابلة في رواية للمشتري حق الرد؛ لأن المشتري هو السبب في العجز عن الرد بما باشره في البيع، وفي إلزام الرد بالعيب الحادث إضرار بالبائع؛ فكان الأنظر للطرفين هو دفع البائع أرش العيب القديم.

وعند المالكية، وهي الرواية الثانية للحنابلة: يخير المشتري بين الإمساك وأخذ أرش العيب القديم، وبين الرد مع دفع أرش العيب الحادث عنده، ما لم يقبله البائع بالعيب الحادث.

وصرح الشافعية بأنه لو حدث عند المشتري عيب سقط الرد، ثم إن رضي به البائع رده المشتري، فإن لم يرضَ به البائع معيبًا ضَمَّ المشتري أرش العيب

---

(١) انظر: عقد البيع لمصطفى الزرقا ١/ ١٣٥.

الحادث إلى المبيع ورده، أو غَرِم البائع أرش القديم ولا يرد[١].

وفيما يلي عرض لرأي بعض المذاهب الأخرى في الموضوع:

في المذهب الظاهري: من اشترى سلعة فوجد بها عيبًا، وقد كان حدث عنده فيها عيب فله الرد أو الإمساك[٢]، خلافًا للضابط.

وفي المذهب الإمامي: لو أحدث المشتري ما يغيِّر عين المبيع أو صفته ثبت الأرش وسقط الرد[٣]، ويسقط الرد بالتصرف في المبيع أو حدوث عيب بعد القبض[٤]؛ جريًا على الضابط.

وأنواع العيوب التي تحدث في المبيع قبل التسليم وهو في يد البائع على خمسة أوجه:

١- بفعل البائع، وفي هذه الصورة يخير المشتري بين أن يتركه وبين أن يقبله على أن ينزل من الثمن مقدار النقصان؛ لأن للأوصاف إذا كانت مقصودة بالإتلاف حصة من الثمن، ويُثبت ذلك الخيار للمشتري سواء وجد في المبيع عيبًا قديمًا آخر أو لا.

٢- بفعل المشتري: وفي هذه الصورة يلزم المشتري أن يدفع جميع الثمن، وليس له أن يرجع على البائع بشيء إلا إذا حبس البائع المبيع بعد جناية المشتري لأجل استيفاء الثمن، وكان فيه عيب قديم،

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٤٢/٢٠ وما بعدها، وانظر: الهداية وفتح القدير والعناية ١٥٩/٥ - ١٦٠، البدائع للكاساني ٢٨٣/٥، فتح القدير لابن الهمام ١٥٩/٥ - ١٦٠، الفتاوى الهندية ٢٥٥/٢، حاشية الدسوقي ١٢٦/٣، مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٥٨/٢- ٥٩، شرح الروض ٦٨/٢، المغني ١١٣/٤، ١٣١.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٥٣٠/٧.

(٣) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٢٩١/٢.

(٤) انظر: الروضة البهية للجبعي ٤٠٣/٢.

فللمشتري رد المبيع بالعيب القديم، ويسقط عنه الثمن المسمى، غير أنه يضمن للبائع النقصان الذي حصل في المبيع بفعله.

٣- بفعل الأجنبي، وفي هذه الصورة يكون الخيار للمشتري بين أخذ المبيع بجميع الثمن، وتضمين الجاني النقصان، وبين تركه ويسقط عنه الثمن المسمى.

٤- بفعل المبيع نفسه، وفي هذه الصورة إما أن يتركه المشتري، وإما أن يقبله وينزل من الثمن مقدار النقصان، ومع العيب بفعل المبيع نفسه أو بآفة سماوية لا يرده بالعيب القديم؛ لأنه يلزم الرد بعيبين، وإنما يرجع بحصة العيب القديم إلا إذا رضي البائع به ناقصًا.

٥- بآفة سماوية، وفي هذه الصورة إذا كان النقص في الوصف فالمشتري مخير بين تركه وبين أخذه بكل الثمن، وليس له تنزيل النقصان من الثمن، وإذا كان النقص في القدر فللمشتري أن ينزل من الثمن مقدار ذلك النقصان، ويخير في الباقي بين أن يتركه وبين أن يقبله، وذلك إذا كان المبيع مكيلا أو موزونًا أو من المعدودات المتقاربة، وتلف جزء منه[١].

وأما ما لا يوجب الرد من العيوب اليسيرة فوجوده في المبيع وعدمه سواء من حيث الرد، سواء حدث عند البائع أو عند المشتري[٢].

ويبقى هنا حد العيب الذي بموجبه يحصل رد العين المبيعة على البائع،

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣٤٦/١ و(الوصف): هو الذي يدخل في البيع بلا ذكر، كالبناء والشجر في بيع الأرض وكالأطراف من نحو اليد والرجل والأذن في بيع الحيوان، وكالجودة في بيع المكيلات والموزونات، ولا حصة للأوصاف من الثمن إلا إذا كان هناك جناية عليها واستحق شيء منها؛ فيرجع بحصته من الثمن. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣٤٦/١.

(٢) انظر: منح الجليل لعليش ٥١٢/١.

ومحاولات الفقهاء في ذلك متقاربة، منها قول الغزالي: (العيب) كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبًا، وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادته، وقد يكون نقصان عين كالخصي أو زيادتها كالإصبع الزائدة[١].

وقال الشيرازي في (المهذب): العيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيبًا، فإن خفي منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس[٢]، فقد رده إلى العرف.

قال النووي، رحمه الله، معلقًا على كلام الشيرازي: (فائدة) الرجوع في العيب إلى العرف له نظائر في الفقه، وقد اشتهر على ألسنة الفقهاء: أن ما ليس له حد في الشرع، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف، وليس هذا مخالفًا لما يقوله الأصوليون من: أن لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعي ثم العرفي ثم اللغوى، والجمع بين الكلامين أن مراد الأصوليين إذا تعارض معناه في العرف ومعناه في اللغة قدمنا العرف، ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده في اللغة، ولم يقولوا ليس له معنى، فالمراد: أن معناه في اللغة لم ينصوا على حده بما يثبته؛ فيستدل بالعرف عليه[٣].

وإذا تقرر أن معنى العيب يرجع إلى العرف، فإن هوة الخلاف تتسع بين الفقهاء باعتبار ما يعد عيبًا يوجب الرد، وما لا يعد عيبًا فلا يوجب الرد؛ نظرًا إلى اختلاف الأعراف باختلاف الأزمنة والأمكنة.

أدلة الضابط :

قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»[٤]، ووجه الدلالة منها هنا: أن حق الرد

---

(١) انظر: تكملة المجموع لابن السبكي ١٢/٣١٢.
(٢) انظر: تكملة المجموع لابن السبكي ١١/٥٥٢.
(٣) انظر: تكملة المجموع لابن السبكي ١١/٥٥٢.
(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

للمشتري إنما ثبت لدفع الضرر عن نفسه، وإنما يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه بالبائع، وبعدما تعيب عند المشتري، لو رده كان في ذلك إلحاق الضرر بالبائع؛ وهذا لأن الشرع ينظر لهما جميعًا[١].

تطبيقات الضابط :

١- لو اشترى ثوب قماش وبعد أن قطعه وفصَّله برودًا أو قمصانًا اطَّلع على عيب قديم فيه، فبما أن قطعه وتفصيله عيب حادث؛ ليس له رده على البائع بالعيب القديم، بل يرجع عليه بنقصان الثمن فقط[٢].

٢- لو انكسرت يد الدابة المبيعة وهي عند المشتري وظهر فيها مرض قديم منذ أن كانت عند البائع، فليس للمشتري أن يرد المبيع على البائع بالعيب القديم، وإنما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالنقصان، إلا أن يشاء البائع أخذ المبيع بعيبه الحادث وردِّ الثمن[٣].

٣- إذا وضع المشتري الحديد على النار، أو لبس الثوب فبلي، أو هدم الحائط المائل، أو سنَّ السكين بمبرد ثم ظهر بعد ذلك عيبه القديم؛ فليس له الرد بالعيب، وإنما له الرجوع بنقصان الثمن[٤]؛ لأن فعل المشتري في المبيع يعد عيبًا يمنع الرد.

٤- لو اشترى شخص شجرة ليتخذ منها خشبًا فلما قطعها ظهرت مجوفة، أو أنها لا تصلح إلا للحطب؛ فليس له ردها بل يرجع على البائع بنقصان الثمن إلا إذا رضي بها البائع مقطوعة، وفي هذه الحال يجب استرداد كل الثمن وقبولها على حالها[٥]، وعدم ردها راجع إلى أن

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/٩٧.
(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٣٥٢.
(٣) انظر: عقد البيع لمصطفى الزرقا ١/١٤١.
(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٣٥٣.
(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٣٥٣.

قطعها من المشتري يعد عيبًا مانعًا للرد.

٥- لو اشترى شخص حنطة للزرع فزرعها، فلم تنبت، فإذا كان ذلك ناشئًا عن عيب فيها، وثبت ذلك بالبينة، أو بالإقرار، أو بالنكول عن اليمين؛ فله الرجوع على البائع بالنقصان[1]؛ بناء على أنه لما زرعها أحدث فيها عيبًا يمنع الرد.

٦- إذا كان الحيوان المبيع أعرج وهو في يد البائع، وبعد أن زال عرجه بيع لمشترٍ فعاد العرج إلى ذلك الحيوان؛ فليس للمشتري رده[2].

٧- إذا اشترى جهازًا كهربائيًّا، وبعد قبضه وتسلمه وجد به عيبًا في الصنعة يوجب الرد، ولكن حدث عيب جديد عند المشتري؛ إذ وصله بتيار كهربائي أعلى مما يلزم لتشغيله فأصبح في الجهاز عيبان: عيب قديم كان عند البائع، وعيب جديد حدث عند المشتري، فحدوث العيب عند المشتري بصنعه يمنع عليه رد الجهاز للبائع بالعيب القديم، ولكن يرجع على البائع بنقصان العيب، وإذا رضي البائع بردِّ الجهاز فله ذلك، لكن يرجع على المشتري بالنقصان الحاصل بسبب العيب الحادث[3].

٨- لو اشترى سيارة فصدَمَها ثم اكتشف بها عيبًا قديمًا كان موجودًا قبل شرائها، فليس له ردها على بائعها؛ لأن صدْمَها عيب جديد حدث عنده يمنع ردها.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٣٥٣.
(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٣٤٦.
(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٣/٣٧٦.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٣٣

نص الضابط: كُلُّ تَدْلِيسٍ يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ لِأَجْلِهِ يُثْبِتُ الخِيَارَ[(١)] .

صيغ ذات علاقة :

- متى علم بالمبيع عيبًا لم يكن عالمـًا به فله الخيار بين الإمساك والرد[(٢)]. (أخص).

شرح الضابط :

(التدليس): هو كتمان السلعة عن المشتري وقت العقد مع ذكره[(٣)].

وقال البهوتي: التدليس ضربان:

أحدهما : كتمان العيب.

والثاني : فعل ما يزيد به الثمن كتصرية البهيمة وتحسين وجه الشيء[(٤)].

وهذا الضابط مبين لجانب مهم من جوانب محاسن الشريعة، وهو جانب الوضوح في المعاملات.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠٧.

(٢) المغني ٤/١٠٨.

(٣) الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٨٠.

(٤) كشاف القناع للبهوتي ٣/٢١٣.

ومن المعلوم أن من مقاصد المعاملات الخمس الوضوح الذي به يوصد باب الربا والغش والتدليس والحيل؛ تحقيقًا للمقصد الضروري (حفظ المال)، وحسمًا للنزاع والخصومات.

وبناء على ذلك حرم الشارع إخفاء العيوب في كثير من أبواب الفقه، والتي من بينها النكاح، والبيع ،والإجارة، وغير ذلك.

فيجب على كل واحد من المتعاقدين بيان كل ما يوجب الخيار من تلك العيوب في جانبه؛ تحقيقًا لمبدأ الرضا ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾، قال في الدر المختار: «لا يحل كتمان العيب في مبيع أو ثمن؛ لأن الغش حرام»[1].

وفي المذهب الزيدي: خيار العيب هو كل وصف مذموم تنقص به قيمة ما اتصف به عن قيمة جنسه السليم، وعلى البائع إعلام المشتري به، وإلا أَثِم[2].

وفي المذهب الإباضي: يلزم بائع المعيب إخبار المشتري بالعيب إن علم به، ويعصي إن لم يخبره؛ لأن عدم الإخبار غش وأكل للمال بالباطل[3].

وهذا يدل على اتفاق المذاهب في حكم ما يوجب الخيار من العيب مع حرمة إخفائه؛ ولذا قال النووي: «من ملك عينًا وعلم بها عيبًا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها، وهذا الحكم متفق عليه»[4].

أما العيب اليسير فإنه لا يوجب الخيار ولا يحرم إخفاؤه؛ إذ لا يكاد يخلو شيء من عيب غالبًا، فخفف الشارع في العيب اليسير دون الكثير الذي إذا لم يبينه كان آثمًا عاصيًا آكلا للمال بالباطل.

---

(١) الدر المختار ١٠٣/٤.

(٢) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٢٩٩/٨- ٣٠٠.

(٣) انظر: شرح النيل لأطفيش ٢٦٩/١٥.

(٤) المجموع للنووي ٣٠٤/١١.

وأما عن أقسام العيوب فقد أوصلها النووي - رحمه الله - إلى ستة أقسام، ذكر منها عيبًا في المبيع[١]، وهو محل الضابط.

وذكر أن حد العيب المؤثر في المبيع الذي يثبت بسببه الخيار: هو ما نقصت المالية، أو الرغبة به، أو العين[٢].

وبناء على هذا يكون حد العيب الموجب للخيار في باب البيوع، وما شاكلها كالإجارة، هو كل عيب يوجب خللا في المالية، والنقص في عادة التجار[٣]؛ ولهذا كان كل تدليس يختلف الثمن لأجله، مثل أن يضمر الماء على الرحى ويرسله عند عرضها على المشتري، أو يحبس اللبن في ضرع البهيمة؛ ليوهم المشتري أنها كثيرة اللبن، يوجب الخيار[٤]؛ لأن الثمن يختلف هنا حيث إن المشتري دفع ثمنًا غاليًا في عين مغشوشة، حقيقتها عكس ما هي عليه، ولا يخفى أنه لو علم حقيقتها لما اشتراها أصلا، أو اشتراها بثمن أقل مما دفع، وهذا هو تفسير قوله: «يختلف الثمن لأجله».

ويثبت خيار العيب للمشتري بشرائط ثلاث[٥]:

١ - ظهور عيب معتبر:

والمراد بكونه معتبرًا أن يكون عيبًا بالمعنى المصطلح عليه فقهيًّا، لا مطلق العيب لغةً ولا يتم ذلك إلا بتحقق أمرين هما:

أ- كون **العيب** مؤثرًا في نقص القيمة، أو في **فوات** غرض صحيح.

---

(١) انظر: تكملة المجموع ١٢/٣١٢ وباقي الستة: عيب في الغرة، وفي المملوك وفي الأضحية والهدي والعقيقة، وفى أحد الزوجين، وفى الإجارة. المرجع نفسه بالجزء والصفحة.

(٢) انظر: تكملة المجموع ١٢/٣١٢.

(٣) انظر: المغني ٤/١١٣- ١١٤.

(٤) انظر: المغني ٤/١٠٧.

(٥) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠/١١٦ وما بعدها.

والمرجع في كون العيب مؤثرًا في نقصان القيمة إلى أهل الخبرة بذلك، وهم التجار، أو أرباب الصنائع إن كان الشيء من المصنوعات، فما نقص الثمن في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار[١].

واشتراط «فوات غرض صحيح»؛ للاحتراز عن النقص اليسير في فخذ شاة أو ساقها بشكل لا يفوت به غرض صحة الأضحية مثلا، بخلاف ما لو قُطع من أُذنها ما يمنع التضحية بها[٢].

ب- سلامة أمثال المبيع من العيب، أما إن كان من المألوف وجوده في أمثاله؛ فإنه لا يعد عيبًا معتبرًا، كوجود الثُّفل[٣] في الزيت بالحد المعتاد[٤].

٢ - أن يكون المشتري غير عالم بالعيب عند العقد[٥].

٣ - ألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب[٦].

ولكن إن باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية، على ما صححه السبكي، رحمه الله[٧].

وليس معنى صحة البيع هنا لزومه، بل صحته مع الخيار بحيث متى علم المشتري أن بالمبيع عيبًا لم يكن عالمـًا به؛ فله الخيار بين الإمساك والفسخ، سواء كان البائع علم العيب وكتمه، أو لم يعلم[٨].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٤/٥، الهداية وفتح القدير ١٥٣/٥، الفتاوى الهندية ٦٧/٣، المبسوط للسرخسي ١٠٦/١٣، تكملة المجموع للسبكي ٣٤٤/١٢، المغني ١٣٧/٤.

(٢) انظر: رد المحتار ٧٤/٤، فتح القدير لابن الهمام ١٥١/٥، ١١/٦، العناية للبابرتي ١٥٣/٥، بدائع الصنائع ٢٧٤/٥، مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٥١/٢، تكملة المجموع للسبكي ٣٤٠/١٢.

(٣) (الثفل): ما استقر تحت المائع من كُدْرة. الروضة البهية للجبعي ٤٠٤/٢- ٤٠٥.

(٤) انظر: رد المحتار ٧١/٤، فتح القدير ١٥١/٥، بداية المجتهد لابن رشد ١٧٤/٢، مغني المحتاج ٥١/٢، شرح المجلة لعلي حيدر ص ٢٨٤، شرح المجلة للمحاسني ٢٦٧/١.

(٥) انظر: تكملة المجموع للسبكي ١١٦/١٢.

(٦) انظر: تكملة المجموع للسبكي ٣٩٨/١٢، شرح المنهج للقاضي زكريا ١٣٢/٣ - ١٣٣.

(٧) انظر: تكملة المجموع للسبكي ١١٨/١٢.

(٨) انظر: المغني ١٠٨/٤.

أدلة الضابط :

١- حديث: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك - أي بعد النهي - فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»[١]، وقيس بالإبل والغنم غيرهما بجامع التدليس[٢]، وهو كل فعل من البائع بالمبيع يظن المشتري به كمالا فلا يوجد؛ لأن الخيار غير منوط بالتصرية لذاتها، بل لما فيها من التلبيس والإيهام[٣].

٢- لأن مقتضى العقد يقتضي السلامة من العيب[٤].

٣- ولأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتَّصرية[٥].

تطبيقات الضابط :

١- لو اشترى شخص صبرة من الحنطة فوجد في وسطها دكَّانًا، أو اشترى قفة من الثمار فوجد في أسفلها حشيشًا، كان ذلك موجبًا للخيار[٦]؛ لأنه تدليس يختلف لأجله الثمن، وكل تدليس يختلف لأجله الثمن يثبت الخيار.

٢- تكبير بطن الدابة بالعلف، ليوهم السمن أو كونها حاملا[٧] يوجب

---

(١) رواه البخاري ٣/٧٠(٢١٤٨)، (٢١٥٠)، (٢١٥١)، ومسلم ٣/١١٥٥ (١٤١٢)/(١١)، و١١٥٨، ١١٥٩/٣(١٥٢٤) كلاهما عن أبي هريرة، رضي الله عنه.

(٢) شرح منهاج الطالبين لزكريا الأنصاري مع حاشية الجمل ١٢١/٣.

(٣) الموسوعة الكويتية ١٢٨/١١.

(٤) المغني ١٠٨/٤.

(٥) المرجع نفسه ١٠٧/٤.

(٦) انظر: البحر الرائق ٣٨/٦.

(٧) انظر: حاشية الجمل ١٢٣/٣.

الخيار للمشتري؛ لأنه تدليس يختلف لأجله الثمن، وكل تدليس يختلف لأجله الثمن يثبت الخيار.

٣- إذا كان الخباز الذي يعجن الخبز للبيع، ويبيعه للناس أبرص أو أجذم ذا حكة وسوداء، فإن لا يجوز أن يباشر الخبز المذكور وهو بتلك الصفات، إلا أن يبين للمشتري حقيقة الحال؛ لأن المشتري لو اطلع على ذلك لم يشترِه منه في الغالب، وكل ما كان كذلك يكون كتمه من الغش المحرم، وقد قال ﷺ: «من غش أمتي فليس مني»[1][2]، ولأنه تدليس يختلف لأجله الثمن، وكل تدليس يختلف لأجله الثمن يثبت الخيار.

٤- لا يجوز حبس اللبن في ضرع الشاة بربط الثدي، إيهامًا للمشتري بكبر ضرعها وغزارة لبنها؛ لأن في ذلك إخفاءً لعيب يُثبت الخيار للمدلَّس عليه عند الجمهور غير الحنفية[3]؛ لأن التصرية من التدليس الذي يختلف لأجله الثمن، وكل تدليس يختلف لأجله الثمن يثبت الخيار.

٥- وضعُ الفاكهة المعيبة في أسفل الصندوق، ووضع الجيد منها في أعلاه من التدليس الذي يختلف لأجله الثمن، وكل تدليس يختلف لأجله الثمن يثبت الخيار.

٦- إخفاء تاريخ الصلاحية في الأطعمة المعلَّبة إذا كانت صلاحيتها منتهية، من التدليس الذي يختلف لأجله الثمن، وكل تدليس يختلف لأجله الثمن يثبت الخيار.

---

(١) رواه مسلم ١/٩٩ (١٠١)، (١٠٢) من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/٣٩.

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٦٨٠.

٧- لا يجوز إخفاء عيوب السيارة وكتمانها عن المشتري، ولا يجوز التدليس عليه بجميع صور التدليس، ومنها التلاعب بعداد الكيلومترات ليُظهِر للمشتري أن السير بالسيارة كان قليلا؛ لأن فعل كل ذلك مثبت للخيار؛ لأنه يختلف لأجله الثمن، وكل تدليس يختلف لأجله الثمن يثبت الخيار.

براء الإدلبي

* * *



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٣٤

نص الضابط: بَيعُ الخِيَارِ دَائِرٌ بَيْنَ الانْحِلَالِ وَالانْعِقَادِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- بيع الخيار مُنحل، أو مُبرَم[٢].

٢- بيع الخيار مُنحل، أو مُنعقِد؟[٣].

٣- بيع الخيار منعقد حتى ينقضه مشترط الخيار[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة[٥]. (أصل).

٢- الأصل في البيع اللزوم[٦]. (أصل).

---

(١) انظر: شرح حدود ابن عرفة ص ٢٦٧ أصل الصيغة فيه: «بيع الخيار منعقد حتى ينحل أو منحل حتى ينعقد؟».

(٢) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي، القاعدة ٨٣، الإسعاف بالطلب للتواتي ص ١٣٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٩/٣ ووقع لفظ (منبرم) في منح الجليل لعليش ٤٤٧/٤ (مُتبرّمٌ) (بالتاء لا بالنون)، والظاهر أنه خطأ مطبعي.

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل ١٢٠/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ١٠٣/٣، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ١٤٧/٣.

(٤) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٢٦٦/٩.

(٥) مرشد الحيران لمحمد قدري باشا ص ٦٩.

(٦) العناية للبابرتي ١٤٢/٨، التاج والإكليل ٣٠١/٦، تكملة المجموع للسبكي ٢٣١/١١، مغني المحتاج ٤٠٢/٢، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٦٧/٢، وانظر قاعدة: «الأصل في العقود اللزوم» في قسم القواعد الفقهية.

٣- العقد في أيام الخيار منحل[١]. (أعم).

٤- خيار الشرط يمنع ابتداء الحكم[٢]. (أخص).

٥- البدل الذي مِن جانب مَن له الخيار يبقى على ملكه ما بقِي خياره[٣]. (متفرع).

شرح الضابط:

هذا الضابط يتعلق بموضوع خيار الشرط في البيع، وهذا هو المراد من لفظ «بيع الخيار» في نص الضابط، أي (البيع في حال اشتراط الخيار) أو (البيع المتضمن لشرط الخيار).

وسواء كان الخيار للبائع، كأن يقول: بعتُ على أني بالخيار ثلاثة أيام مثلا، أو يكون للمشتري، فيقول: اشتريتُ على أني بالخيار ثلاثة أيام مثلا، أو يكون الخيار لهما معًا، أي يحتفظ البائع والمشتري كلاهما لنفسه بشرط الخيار.

والانحلال بمعنى الانفكاك، ومنه يقال: انحلّت العُقدة، أي انفكّت.

فالمعنى: أن السلعة إذا بيعت مع خيار الشرط:

- فهل البيع منحل (أي مفكوك) من أثره فيعتبر كأنه لم ينعقد أصلا، وعلى هذا فالمبيع باقٍ على مِلك البائع في مدة الخيار؛ وحينئذ فإمضاء البيع يعتبر نقلا للمبيع من مِلك البائع إلى مِلك المشتري.

- أم أن هذا البيع منعقد كما هو مقتضاه، فالمبيع قد انتقل ملكه للمشتري إلا أنه مِلك غير تام لاحتمال ردِّه؛ وعليه فإمضاء البيع هنا يعتبر تقديرًا لملك

---

(١) شرح الخرشي ١٢١/٥.

(٢) العناية للبابرتي ٢٩٩/٦.

(٣) المبسوط للسرخسي ٤٢/١٣.

المشتري، وأصل مِلكه حصل بالعقد.

والضابط وإن اشتهر بصيغته المذكورة عند المالكية، وهو من أشهر الضوابط الخلافية عندهم، إلا أن مضمونه موجود في المذاهب الأخرى أيضًا[١]، فالضابط خلافي في الجملة كما سيظهر من التوضيح الآتي:

القول بأن بيع الخيار منحلٌّ، فالمبيع باقٍ على ملك البائع:

هو المعتمد في مذهب المالكية سواء كان الخيار للعاقدين أو لأحدهما[٢]، وهوأحد الأقوال للإمام أحمد[٣].

وبه قال الحنفية، والشافعية في الأظهر، فيما إذا كان الخيار للبائع[٤].

وهو قول الزيدية فيما إذا كان الخيار للعاقدين معًا، أو للبائع وحده[٥].

القول بأن بيع الخيار منعقد، فينتقل ملك المبيع إلى المشتري:

هو المذهب عند الحنابلة والإمامية في الأظهر، ولا فرق بين كون الخيار للعاقدين معًا أو لأحدهما أيهما كان[٦].

وبه قال الصاحبان: أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، والشافعية في الأظهر، والزيدية: فيما إذا كان الخيار للمشتري[٧].

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٧٦/٢، التنبيه للشيرازي ص ٨٧.

(٢) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٧٩، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ١٠٣/٣، الشرح الصغير للدردير ١٤٦/٣- ١٤٧، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٥٨/٢.

(٣) انظر: شرح المقنع لابن قدامة ٧٠/٤.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٧٦/٢- ٧٧، مغني المحتاج للشربيني ٤٨/٢.

(٥) انظر: التاج المذهب للعنسي ٤٠٩/٢- ٤١٠.

(٦) انظر: شرح المقنع لابن قدامة ٧٠/٤، الإنصاف للمرداوي ٢٧٨/٤، شرائع الإسلام للحلي ١٧/٢، وفيه: «المبيع يملك بالعقد، وقيل به أي بالخيار وبانقضاء الخيار، والأول أظهر».

(٧) انظر: تحفة الفقهاء ٧٦/٢-٧٧، مغني المحتاج للشربيني ٤٨/٢، التاج المذهب ٤٠٩/٢- ٤١٠.

القول بأن بيع الخيار موقوف :

قال به الشافعية فيما إذا كان الخيار للعاقدين[١]، وهو مؤدى قول الحنفية أيضًا في هذه الصورة، حيث قالوا: الخيار إذا كان للعاقدين جميعًا، لا يكون العقد منعقدًا في حق الحكم في حقهما جميعًا[٢].

وقال بهذه الصورة: الإمام أبو حنيفة فيما إذا كان الخيار للمشتري، حيث يرى أن المبيع يخرج في هذه الحالة عن ملكية البائع، ولكن لا يدخل في ملك المشتري؛ لأنَّ خيار المشتري - هنا - يمنع زوال الثمن عن مِلكه، فلو قلنا: بأنه يدخل المبيع في ملكه أيضًا، لاجتمع البدلان في مِلك رجل واحد في عقد المبادلة، وهذا لا أصل له في الشرع، وهذا هو القول المعتمد عند الحنفية[٣].

والخلاصة فيما يتعلق بالمعتمد في هذا الموضوع لدى المذاهب:

- أن ملكية المبيع - في مدة الخيار - باقية على مِلك البائع، سواء كان الخيار للعاقدين أو لأحدهما (المالكية).
- أنها تنتقل إلى المشتري بنفس العقد، سواء كان الخيار للعاقدين أو لأحدهما (الحنابلة).
- أن مِلك المبيع باقٍ للبائع في حالة شرط الخيار له، أما في حالة شرط الخيار للمشتري، فالملك موقوف في مدة الخيار، حيث إن المبيع حينئذ يخرج من ملك البائع ولكن لا يدخل في ملك المشتري (الحنفية).
- أن مِلكية المبيع هي لصاحب الخيار، سواء كان هو البائع أو

---

(١) مغني المحتاج ٤٨/٢، فتح المعين بشرح قرة العين للمليباري ٢٩/٣.
(٢) تحفة الفقهاء ٧٦/٢.
(٣) تحفة الفقهاء ٧٧/٢، الهداية للمرغيناني ٢٨/٣.

المشتري، فإن كان الخيار لهما معًا، فالملك موقوف (الشافعية).

- هذا ما يتعلق بموضوع هذا الضابط عند جمهور المذاهب، وهو أن مجاله يتعلق بخيار الشرط لكن ذهب الشافعية والحنابلة إلى العمل به في (خيار المجلس) أيضًا[١]؛ وعلى هذا فتكون كلمة «بيع الخيار» في نص الضابط، على رأيهم: شاملة للبيع بخيار الشرط، أو بخيار المجلس، على السواء؛ وعليه فما ذُكر من آرائهم المتعلقة بالبيع بخيار الشرط في هذا الضابط، ينطبق أيضًا على البيع بخيار المجلس.
- وذهب ابن حزم إلى القول ببطلان البيع بخيار الشرط مطلقًا، حيث يقول: «وكل بيع وقع بشرط خيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما جميعًا، أو لغيرهما خيار ساعة، أو يوم، أو ثلاثة أيام، أو أكثر، أو أقل، فهو باطل، تَخَيَّرا إنفاذه أو لم يتخيَّرا»[٢].

أدلة الضابط :

أولاً : أصل الخلاف في القاعدة مبني على أن خيار الشرط في البيع، هل هو لإيقاع الفسخ في البيع أو لتتميم البيع[٣]؟

- فإذا قلنا: لتتميم البيع، فالمبيع باقٍ على ملك البائع (وهو نتيجة القول بأن بيع الخيار مُنحل)؛ ولهذا يكون ضمان المبيع في مدة الخيار على البائع، أما المشتري فهو أمين.
- وإن قلنا: شرط الخيار لفسخ البيع، فقد خرج المبيع من ضمان البائع، (وهو نتيجة القول بأن بيع الخيار منعقد).

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/٤٨، كشاف القناع ٣/٢٠٥.

(٢) المحلى لابن حزم ٧/٢٦٠.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢/١٥٩.

ثانيًا: أدلة القول بأن الخيار منحل، فيبقى ملك المبيع - في مدة الخيار- للبائع:

- أن ضمان المبيع في مدة الخيار: على البائع على كل حال، ومعنى ذلك أنه عقد غير لازم؛ فلم ينقل الملك عن البائع، كما لو قال: بعتك، ولم يقل المشتري: قبلت[١].

ثالثًا: أدلة القول بأن الخيار منعقد، فينتقل ملك المبيع - في مدة الخيار- إلى المشتري:

- قول النبي ﷺ: «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدًا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع»[٢]، فجعل النبي ﷺ المبيع للمشتري بمجرد اشتراطه، وهو عام في كل بيع، فشمل بيع الخيار[٣].
- البيع بشرط الخيار: بيع صحيح، فيقتضي نقل الملك عقيبه، كالذي لا خيار فيه[٤].
- البيع تمليك، بدليل أنه يصح بقوله: (ملّكتُك)، ويثبت به المِلك، والتمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري، ويقتضيه لفظه، وقد اعتبره الشرع وقضى بصحته، فوجب اعتباره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه، وثبوتُ الخيار فيه لا ينافيه[٥].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/ ١٥٩.

(٢) رواه البخاري ٣/ ١١٥ (٢٣٧٩)، ومسلم ٣/ ١١٧٣(١٥٤٣)/(٨٠) كلاهما عن عبدالله بن عمر بن الخطاب، رضي الله عنهما.

(٣) انظر: شرح المقنع لابن قدامة ٤/ ٧١، كشاف القناع ٣/ ٢٠٦.

(٤) انظر: شرح المقنع لابن قدامة ٤/ ٧١.

(٥) انظر: شرح المقنع لابن قدامة ٤/ ٧١.

- إن البيع بشرط الخيار لا يفترق عن البيع الباتِّ اللازم إلا في شرط الخيار، والخيار لا يمنع نقل الملك، كخيار العيب بالإجماع[١].

رابعًا: أدلة القول بأن ملك المبيع، لمن اشترط الخيار لنفسه، من العاقدين:

- أنه إذا كان الخيار لأحدهما، كان هو وحده متصرفًا في المبيع، ونفوذ التصرف دليل على الملك[٢].

خامسًا: أدلة القول بأن بيع الخيار موقوف:

- أن خيار الشرط شُرِع لدفع الغبن؛ لحديث حَبّان بن منقذ أنه كان يُغبن في البيع، فقال له رسول الله ﷺ: «إذا بايعتَ فقل: لا خلابة، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتَعتَها ثلاث ليالٍ، فإن رضيتَ فأمسك، وإن سخطتَ فاردُدْ»[٣]، ودفع الغبن لا يحصل إلا بامتناع ثبوت المِلك في حال مدة الخيار[٤].

- أن البيع بشرط الخيار، لا يُعرف حكمه في الحال، وإنما يُعرف عند سقوط الخيار؛ لأنه لا يُدرَى أنه يتصل به الفسخ أو الإجازة، فيقتضي ذلك كونه موقوفًا في الحال[٥].

- إذا كان الخيار للعاقدين معًا، فالمِلكُ موقوف؛ لأنه ليس أحد العاقدين أولى من الآخر بالملك؛ فيقتضي ذلك جعل حكم البيع موقوفًا في حق ثبوت الملك[٦].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٦٤، شرح المقنع لابن قدامة ٤/٧١، بداية المجتهد ٢/١٥٩.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/٤٨.

(٣) سنن البيهقي الكبرى ٥/٢٧٣، باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام، من حديث ابن عمر، رضي الله عنهما، وأصل الحديث في صحيح البخاري ٢/٧٤٥.

(٤) تحفة الفقهاء ٢/٧٦، بدائع الصنائع ٥/٢٦٤.

(٥) بدائع الصنائع ٥/٢٦٤.

(٦) انظر: مغني المحتاج ٢/٤٨.

تطبيقات الضابط:

١- إن كان خيار الشرط للبائع، يصح عند الحنفية والشافعية تصرُّفُه في المبيع في مدة الخيار تصرُّفَ المُلاَّك، كأن يهب السلعة أو يبيعها أو يُؤجرها أو يرهنها؛ لأن السلعة لم تخرج عن ملكه بعد، وإذا فَعَل البائع ذلك، يصير ذلك فسخًا للبيع؛ لإشعاره بعدم البقاء عليه[1].

وإن حصلت هذه التصرفات من المشتري في زمن الخيار المشروط له، فهي إجازة منه للشراء – عند الشافعية - لإشعارها بأن المشتري باقٍ على الشراء[2]، وكذا هو مقتضى قول الصاحبين من الحنفية: أن خيار المشتري يُخرج السلعة من ملك البائع ويُدخِلها في ملك المشتري، فتكون هذه التصرفات حصلت من المشتري حال كونه مالكًا للسلعة؛ وعلى هذا فهي إجازة منه للشراء.

٢- لو هلك المبيع عند البائع فيما إذا كان الخيار له، ينفسخ البيع عند الحنفية، ولا شيء على المشتري[3]؛ لأن خيار البائع عندهم لا يُخرِج المبيع عن مِلك البائع، فإذا هلك المبيع، يهلك على مِلك البائع وهو مقتضى قول الشافعية على الأظهر في المذهب، وكذا هو قول المالكية، أما الشافعية: فلأنهم يقولون بأن ملك المبيع - زمن الخيار - لصاحب الخيار، وأما المالكية: فلأن بيع الخيار عندهم منحل مطلقًا، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، فيبقى المِلك - في مدة الخيار مطلقًا - للبائع[4].

---

(١) انظر: مجمع الأنهر ٣٧/٣، مغني المحتاج ٤٩/٢.
(٢) انظر: مغني المحتاج ٤٩/٢.
(٣) مجمع الأنهر ٣٧/٣.
(٤) انظر: القوانين الفقهية ص ١٨٠.

أما عند الحنابلة فإن بيع الخيار منعقد عندهم، وينتقل الملك للمشتري مطلقًا (سواء كان الخيار له أو للبائع)؛ وعليه فإن هلك المبيع في مدة الخيار، فهو من ضمان المشتري[١]، ويبطُل خياره بتلف المبيع المضمون عليه؛ لاستقرار الثمن بذلك في ذمته[٢].

٣- إذا كان الخيار للمشتري وقبض المبيع وهلك في يده؛ فإنه يهلك بثمنه، عند الحنفية[٣].

٤- لا يجوز - عند المالكية - للمشتري اشتراط الانتفاع بالمبيع في مدة الخيار إلا بقيد الاختبار؛ فإنه إن لم يتم البيع بينهما كان انتفاعه باطلا من غير شيء[٤]، كما لا يجوز للبائع اشتراط نقد الثمن؛ فإنه إن لم يتم البيع بينهما كان في معنى سلف وبيعٍ، فإن وقع البيع على ذلك، فُسخ البيع، سواء تَمَسَّك البائع بشرطه، أو أسقطه. ويجوز النقد من غير شرط[٥].

٥- نفقة المبيع (كمؤونة الحيوان، أو سقي الشجر والثمر) تجب على المشتري عند الحنفية إذا كان الخيارُ له[٦]، وهو مقتضى قول الشافعية في الأظهر عندهم: أن المِلك في زمن خيار الشرط لصاحب الخيار، وهو قول الحنابلة مطلقًا، سواء كان الخيار للمشتري أو للبائع[٧]؛ لما سبق عندهم: أن الملك ينتقل مطلقًا للمشتري في زمن خيار الشرط.

---

(١) هناك تفصيل في لزوم الضمان على المشتري قبل قبضه للمبيع أو بعده، فيما إذا كان المبيع مكيلا أو موزونًا أو معدودًا أو مذروعًا، أو لم يكن أحد هذه الأنواع. انظر: كشاف القناع ٣/٢٠٦.

(٢) انظر: كشاف القناع ٣/٢٠٦.

(٣) انظر: البحر الرائق ٦/١٥.

(٤) انظر: القوانين الفقهية ص١٨٠، البحر الزخار لابن المرتضى٤/٣٤٩، شرح النيل لأطفيش ٩/٢٧٨.

(٥) انظر: القوانين الفقهية ص ١٨٠، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٣٤٩.

(٦) انظر: البحر الرائق ٦/١٤.

(٧) انظر: كشاف القناع ٣/٢٠٦

وقال الإباضية: إن مؤونة المبيع على البائع مطلقًا في مدة الخيار؛ استصحابًا للأصل؛ لأن أصل المبيع للبائع، فلم يخرج عن ملكه؛ فُحكم عليه بحكم المالك له[1].

٦- لو اشترى شخص شيئًا على أنه بالخيار، لم يُجبر البائع -عند الحنفية- على تسليم المبيع، وإن نَقَد المشتري الثمن[2].

٧- إذا تَعَيَّب المبيع في يد المشتري والخيارُ له، فإنه يلزمه الثمن؛ لأنه صار بذلك مُمسكًا ببعضه، فلو ردَّه لتفرّقت الصفقة على البائع قبل الإتمام، وهو لا يجوز؛ فلزم البيع وسقط الخيار. هذا عند الحنفية[3]، وقال الحنابلة بهذا مطلقًا، سواء كان الخيارُ للمشتري أو للبائع[4].

قال الحنابلة: يحنث البائع إذا حلف أن لا يبيع، فباع بشرط الخيار؛ لأن المبيع خرج حينئذ عن ملكه، فيصدق عليه كونه بائعًا، وكذا يحنث من حلف لا يشتري، فاشترى بشرط الخيار؛ لأنه مَلَك الشيء الذي اشتراه في زمن الخيار، فيصدق عليه كونه مشتريًا[5].

٨- المبيع إذا كان دارًا: فإن كان للبائع فيها خيار، لم يكن للشفيع الشفعة عند الحنفية؛ لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه.

---

(١) انظر: شرح النيل ٢٧٥/٩.
(٢) انظر: البحر الرائق ١٥/٦.
(٣) انظر: البحر الرائق ١٥/٦ وفيه أن التعيب عندهم يشمل جميع صور التعيب، سواء أكان بسبب المشتري، أو بسبب شخص آخر غيره، أو بآفة سماوية، أو بفعل المبيع نفسه، كما لو كانت تلك السلعة سيارةً مثلا، وكانت بيد المشتري في مدة شرط الخيار له، فساقها المشتري حينئذ وتعطلت فراملها مثلا أثناء السير؛ فأدَّى ذلك إلى وقوع حادث تضررت السيارة به؛ فيُلزم المشتري بشرائها ودفع ثمنها، ويبطل خياره.
(٤) انظر: كشاف القناع ٢٠٦/٣.
(٥) انظر: كشاف القناع ٢٠٦/٣.

وإن كان الخيار للمشتري: تثبت الشفعة للشفيع بالإجماع عند أبي حنيفة وصاحبيه: أما عند الصاحبين؛ فلأن خيار المشتري لا يمنع دخول السلعة في ملك المشتري، فتثبت الشفعة للشفيع، وأما عند أبي حنيفة؛ فلأن خيار المشتري وإنْ منع دخول السلعة في ملك المشتري، لكنه لم يمنع زوالها عن ملك البائع، وثبوت حق الشفيع في الشفعة يكفي فيه زوال ملك البائع، ولا يلزم ثبوت ملك المشتري[١].

ولا شفعة – عند المالكية – في بيع الخيار مطلقًا (أي ولو كان الخيار للمشتري)؛ لأن بيع الخيار منحل؛ فلا تثبت شفعة حتى يلزم البيع[٢].

د. يحيى بلال

* * *

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٧٨/٢.

(٢) انظر: شرح الزرقاني على الموطأ ٤٨١/٣، التاج والإكليل للمواق ٣٢٠/٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٣٥

نص الضابط: كُلُّ خِيَارٍ ثَبَتَ بِالشَّرْعِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ المَالِ فَهُوَ عَلَى الفَوْرِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط :

١- كل خيار يثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال كان على الفور[(٢)].

٢- كل خيار لدفع ضرر متحقق فهو على الفور[(٣)].

٣- الخيار الثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال يكون فوريًا[(٤)].

٤- الخيار إن كان في تأخيره ضرر على من يقابله؛ فهو على الفور[(٥)].

شرح الضابط :

مفاد الضابط : أن الخيار المشروع لدفع الضرر عن المال إنما هو على الفور، ولا يحتمل التأخير ولا التأجيل.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٢٨٣، قواعد الحصني ٤/١٢٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٩١، المجموع للعلائي لوحة ٣٢٦/ب وما بعدها، نواضر النظائر لابن الملقن ص١٥٤.

(٢) انظر: نواضر النظائر لابن الصاحب ١/٨٠/أ.

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة ٣/٢٨٨.

(٤) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٤٧.

(٥) انظر: المنثور للزركشي ٢/١٤٧.

والمراد بـ(الفورية) : الزمن الذي يمكن فيه الفسخ بحسب العادة، فلو علمه عند العقد أو بعده فلم يفسخ فهو في ضمانه[١].

وقد فصّل الزركشي - رحمه الله - الكلام في هذا الموضوع، فذكر أن الخيار شُرع لدفع الغبن، وهو إما لدفع ضرر متوقع، كخيار المجلس، فإنه إنما ثبت لضرر يتوقع العاقد حصوله؛ فيستدركه في مجلس العقد، أو مدة الخيار، ويتخلص منه.

وإما لدفع ضرر واقع، كخيار العيب والشفعة، وخيار عيوب النكاح.

ثم الخيار إن كان مقدراً من جهة الشارع، كخيار المجلس والشرط بثلاثة أيام، وخيار التصرية إذا قدرناه بها؛ فلا يوصف بفور ولا بتراخ.

وإما ألا يقدر، والضابط فيه إما أن يكون في تأخير الاختيار ضرر على من يقابله فهو على الفور، وإلا فهو على التراخي.

ثم قال: ومما يجب على الفور: خيار النقيصة والخُلْف، وإذا شرط الرهن والضمين فلم يفِ به.

ثم انتقل إلى ما فيه خلاف والأصح أنه على الفور، كخيار تلقي الركبان، والبائع في الرجوع لعين متاعه بإفلاس المشتري، والأخذ بالشفعة، والفسخ بعيب النكاح، وخيار الخُلْف في النكاح، وخيار الغرور، والفسخ بالإعسار بالمهر.

ثم ذكر ما فيه خلاف والأصح أنه على التراخي، كخيار السلم إذا انقطع المسلَم فيه عند محله لجائحة، وخيار الرؤية إذا جوزنا بيع الغائب عند امتداد مجلس الرؤية[٢].

---

(١) انظر: عقد البيع للأستاذ الزرقا ص ١٤٣، الموسوعة الكويتية ١٢٧/٢٠، ١٢٩.

(٢) انظر: المنثور في القواعد ١٣٥/٢- ١٣٦.

أدلة الضابط :

١- الأصل إزالة الضرر بما أمكن، والضرر المشروع لأجله الخيار يندفع بالمبادرة، فالتأخير تقصير[١]، ولأن التراخي يقتضي الإضرار بالمردود عليه، وحيث إن الإضرار بالغير مرفوع في الشريعة؛ فيكون التأخير مردودًا، وتجب الفورية في الخيار[٢].

٢- الأصل في العقود اللزوم سيما البيع، فلا يُخرَج عن هذا الأصل إلا بمقدار اليقين، فإذا دل الدليل على الخيار في الجملة لزم الاقتصار على المتيقن، وهو الفور[٣].

٣- ما ذكره الإمامية من أن الأصل في الخيار الفورية[٤].

تطبيقات الضابط :

١- خيار الرد بالعيب على الفور؛ فتجب المبادرة للفسخ، وإلا سقط الحق في الخيار وهذا مذهب الشافعية، ورواية في مذهب أحمد، وهو رأي لدى الحنفية. وقال الشافعية: لو علم المشتري بالعيب فلا يجوز تأخيره إلا بعذر، ومن العذر عندهم: انشغاله بصلاة دخل وقتها، أو بأكل ونحوه[٥].

---

(١) انظر: الخيار وأثره في العقود لعبد الستار أبو غدة ٢/٤١٢.

(٢) انظر: القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية تأليف اللجنة العلمية في الحوزة الدينية ١/٤٧١.

(٣) القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية ١/٤٧١.

(٤) انظر: القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية ١/٤٧٠.

(٥) انظر: تكملة المجموع للسبكي ١٢/١٣٤، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٥٦، المغني لابن قدامة ٤/١٠٩، كشاف القناع للبهوتي ٣/٢١٨، فتح القدير لابن الهمام ٥/١٧٨، رد المحتار لابن عابدين ٤/٩٠.

٢- الخيار فيمن له حق الشفعة على الفور؛ لأنها شُرعت لدفع ضرر متوقع، فإذا علم من له حق الشفعة بالبيع وجب عليه المطالبة فوراً، وإلا سقطت شفعته؛ وذلك لدفع الضرر عن البائع والمشتري[1].

٣- خيار الغبن على الفور عند الإمامية[2]؛ لأنه شرع لدفع الضرر عن المال.

٤- خيار الرؤية على الفور في الأشهر عند الإمامية[3]؛ عملا بالضابط.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: التجريد للقدوري ٣٤٤٣/٧، الكافي لابن قدامة ٢٨٨/٣، نواضر النظائر لابن الصاحب ١/٨٠/أ.

(٢) انظر: القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية ١/٤٧٣.

(٣) انظر: القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية ١/٤٧٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٣٦

نص الضابط: البَيْعُ مُوجِبٌ لِلْمِلْكِ بِنَفْسِهِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الملك في البيع الصحيح يثبت بنفس العقد[٢].

٢- الملك في البيع يقع معه لا بعده[٣].

٣- البيع سبب موجب للملك[٤].

٤- البيع يفيد الملك بنفسه[٥].

٥- البيع يفيد نقل الملك[٦].

٦- ينتقل الملك في البيع بالعقد[٧].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣/٢٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٦١ وبلفظ آخر: «البيع الصحيح يوجب الملك بنفس العقد» تنوير البصائر للغزي ١/١٣١/أ.

(٣) غمز عيون البصائر للحموي ٤/٣٠٥.

(٤) المبسوط ١٣/٤٣.

(٥) بدائع الصنائع ٦/١١٩.

(٦) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٢٠، المحلى لابن حزم ٧/٥١٧.

(٧) البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٤٧٥.

صيغ ذات علاقة :

١- الأثر يعقب المؤثر[١]. (أعم).

٢- الالتزام المطلق منتجز اللزوم[٢]. (أعم).

٣- أثر الشيء إنما يترتب عليه إذا كان صحيحا[٣]. (أعم).

٤- كل مؤثر إذا استجمع لكل ما لا بد منه في التأثير وجب أثره ضرورة[٤]. (أعم).

٥- موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه[٥]. (أعم).

٦- الأصل أن البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض بالإذن[٦]. (تكامل).

٧- الثمن يجب بنفس العقد[٧]. (أخص).

شرح الضابط :

هذا الضابط من الضوابط المتعلقة بأهم جانب من جوانب البيع، وهو أثر

---

(١) العناية للبابرتي ٣٠٦/٤.

(٢) تقويم النظر لابن الدهان ١٤٤/٣.

(٣) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٩١/٦.

(٤) العناية للبابرتي ٣٠٦/٤.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٢٧/٥ وبلفظ آخر إذا قلنا: إن التصرف والعقد لفظان مترادفان: «موجب العقد يثبت من غير التصريح به» البناية للعيني ٤٣٨/٩، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) البناية للعيني ٤٥٤/٦ وبألفاظ أخر: «الفاسد بيع يفيد حكم البيع» رد المحتار ١٦٨/٣، «الفاسد في البيع يفيد الملك بالقبض» غمز عيون البصائر ٢٣٤/١، «الملك في البيع الفاسد باق لا يزول إلا بتسليمه» رد المحتار ٦٧٤/٣، «الملك في البيع الفاسد يثبت بالقبض» تبيين الحقائق ٨٢/٤ وعلى خلاف ذلك ورد: «البيع الفاسد لا يفيد ملكًا» الأشباه والنظائر لابن الملقن ١٩٤/٢، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «البيع الفاسد ينعقد موجبا للملك إذا اتصل به القبض».

(٧) أصول السرخسي ١٠٣/١.

البيع أو موجَبه ومقتضاه، أو ما يسمى في الاصطلاح المعاصر بالقوة الملزمة للبيع.

و(البيع) هو: البيع مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكًا وتملكًا[(١)]، وحقيقة الملك: هي القدرة على التصرف في المحل بجميع الطرق المشروعة إلا لمانع[(٢)]، والمقصود بمُوجَبِ الشيء بالفتح: ما أوجبه ذلك الشيء واقتضاه[(٣)]، وقيل: هو أثره المترتب عليه[(٤)]، والمراد بـ(الأثر) في العقد: هو ما شرع العقد له[(٥)].

والمراد بهذا الضابط: أن عقد البيع إذا نشأ صحيحًا، ولم يؤثر فيه شيء من العوامل الخارجية من بطلان أو فسخ أو إلغاء، فقد أوجب أثره فور انعقاده، وهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع، وثبوت الملك للبائع في الثمن، دون الحاجة لأي شيءٍ آخر؛ لأن شأن العقد إذا وقع صحيحًا أن تبنى عليه أحكامه، وتترتب عليه ثمراته ونتائجه[(٦)].

ومن أهم النتائج المترتبة على هذا الضابط، ما يلي:

١- بمجرد انعقاد البيع صحيحًا، يكون للبائع حق التصرف في الثمن، وللمشتري حق التصرف في المبيع، باعتبار كل واحد من الطرفين مالكًا لما تقرر له بمقتضى عقد البيع، ما لم يمنعه من ذلك سبب شرعي آخر.

---

(١) حاشية الشلبي ٤/٢.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٧٨، المجموع للنووي ٥/٢٩٨، المنثور للزركشي ٣/٢٢٦، فتاوى ابن تيمية ٦/٢٦١.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥/٣٩٨.

(٤) كشاف القناع ٦/٣٢٣، شرح منتهى الإرادات ٣/٥٠٥.

(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٦٥٠.

(٦) انظر: ترتيب اللآلي ١/٥٥٦، نظرية العقد لعبد الرزاق السنهوري ص ٧٢٧ بند ٦٩٠.

٢- يكون لكل واحد من الطرفين في عقد البيع باعتبار الأصل ثمرة ونماء ما تقرر له بمقتضى العقد؛ لما هو مقرر شرعًا أن النماء تابع للملك في الأصل[1]، وعليه تكاليفه ومؤناته؛ لما هو مقرر شرعًا أن: مؤنات الملك على المالك[2].

٣- يثبت ذلك الأثر، وهو نقل الملك في حق العاقد وخلفه، سواء كان خلفه عامًّا كالورثة أو خاصًّا كالدائنين، فوارث البائع لا يرث المبيع ولا يستطيع دائن البائع التنفيذ على المبيع، وعلى العكس من ذلك يرث المبيع وارث المشتري، ويستطيع دائنه أن ينفذ على المبيع[3].

٤- ذلك الأثر يثبت من غير تنصيص عليه من قبل العاقدين، فليس بشرط لثبوته أن ينص في العقد على أن الملك ينتقل إلى العاقد بالعقد، وإن اشتمل العقد على ما يفيد ذلك، فلا يعد ذلك تأسيسًا، بل هو توكيد لما تقرر بنفس البيع يزيد نقل الملكية تأكيدًا واستقرارًا، وإن التزام العاقد بتسليم المعقود عليه وغير ذلك من الإجراءات الشكلية في عقد البيع وراء ذلك الأثر، وهو الملك الذي يحدث عقيب العقد بلا فصل[4].

٥- المراد بعقد البيع المرتب لذلك الموجَب: هو البيع الصحيح المطلق، وهو ما استجمع لكل ما لابد منه في التأثير؛ ذلك لأن المؤثرات التي تتبعها آثارها هي الصحيحة المنجزة، لا الباطلة أو المعلقة، أما البيع

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٨٠، أسنى المطالب ٢/ ٣٧٦، المغني ١٠/ ٢٦٣، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٤٤٥.

(٢) وقيل: إن نفقة المبيع تكون على البائع ما دام المبيع في يده انظر: بدائع الصنائع للكاساني٤/ ٤٢٨، تبيين الحقائق ٣/ ٦٥، فتح القدير لابن الهمام ٤/ ٤٢٨، المدونة ٣/ ٥٨، حاشية البجيرمي ٣/ ٣٦.

(٣) الوسيط لعبد الرزاق السنهوري ٤/ ٤٢٣.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/ ٢٣، بدائع الصنائع ٢/ ٢٨٨، رد المحتار لابن عابدين ٥/ ١٢٦.

غير الصحيح، سواء كان ذلك لخلل في أصله أو وصفه، فلا يفيد شيئًا عند جمهور الفقهاء؛ بناءً على ما هو مقرر عندهم بأن الباطل والفاسد بمعنى واحد، على خلاف ما هو مذكور عند الحنفية بأن البيع الفاسد، وهو ما كان الخلل في وصفه دون أصله، يفيد الملك بالقبض[١]، باعتبار أنه بيع، ويجب نقضه باعتبار كونه حرامًا لغيره، ولئلا يؤدي إلى تقرير الفساد[٢]، ولأن المحظور لا تنال به نعمة الملك[٣]؛ لأن موجب البيع ثبوت الملك، وموجب النهي حرمة التصرف، وقد أمكن الجمع بينهما بأن يثبت الملك ويحرم التصرف[٤].

٦- لا يشكل على هذا الضابط بما ذهب إليه أكثر الفقهاء[٥] بامتناع تصرف المشتري في المبيع قبل القبض، مع كونه ملكًا له؛ لأن ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقًا[٦]؛ لما هو ثابت شرعًا أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض، وعلة التحريم هي خشية تلفه قبل القبض[٧].

٧- مع خيار الشرط لا يتم الرضا من العاقد؛ وعلى هذا فإن الأصل في

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١١٧/٩، العناية للبابرتي ٣٦٠/٦، البرهان للجويني ٦٢٠/٢، قواطع الأدلة لأبي المظفر السمعاني ١٨٢/٢.

(٢) انظر: العناية للبابرتي ٤٦٠/٦.

(٣) العناية للبابرتي ٤٦٠/٦.

(٤) انظر: أصول الشاشي ص ١٦٨.

(٥) من الفقهاء من يرى جواز التصرف في المبيع قبل القبض إذا كان عقارًا كالحنفية، ومنهم من خص المنع بالمطعومات كالمالكية، ومنهم من جوزه مطلقًا كعثمان البتي. انظر: المبسوط ١٦٣/١٢، درر الحكام لعلي حيدر ٢٣٨/١، ٢٣٩، المنتقى ٢٨٩/٤، الأم ٦٩/٣، المجموع ٢٧٠/٩، كشاف القناع ٢٤١/٣.

(٦) انظر: العناية للبابرتي ٢٤٧/٦.

(٧) انظر: تبيين الحقائق ٧٩/٤-٨٠، شرح الخرشي ١٦٣/٥، الأم ٧٠/٣، البحر الزخار ٣١٢/٤، شرح النيل وشفاء العليل ٥٩/٨.

خيار الشرط أنه يمنع ثبوت الملك في البيع الصحيح، سواء كان الخيار للطرفين أو أحدهما، وإلا لما يعد للخيار فائدة[١]، وهذا لغو تتنزه عنه تصرفات العقلاء، فالأصل في خيار الشرط أنه يمنع ابتداء الحكم، بخلاف خيار الرؤية فإنه يمنع تمامه؛ لاحتمال زوال الرضا عند الرؤية، ويتمكن من له الخيار من الفسخ بلا قضاء و لا رضاء

---

(١) للفقهاء تفصيل في أثر خيار الشرط على مقتضى هذا الضابط، وملخص هذه الأقوال - كما ذكره ابن قدامة - ما يلي: «وينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب، ولا فرق بين كون الخيار لهما، أو لأحدهما، أيهما كان، وهذا أحد أقوال الشافعي، وعن أحمد: أن الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار، وهو قول مالك، والقول الثاني للشافعي، وبه قال أبو حنيفة إذا كان الخيار لهما وللبائع، وإن كان للمشترى خرج عن ملك البائع، فلم يدخل في ملك المشتري ؛ لأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر، فلم ينقل الملك، كالهبة قبل القبض والقول الثالث للشافعي: أن الملك موقوف مراعى، فإن أمضيا البيع تبينا أن الملك للمشتري، وإلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع - ولنا أي لابن قدامة ومن وافقه - قول النبي ﷺ: «من باع عبدًا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» رواه مسلم، وقوله: «من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرته للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» متفق عليه، فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه، وهو عام في كل بيع، ولأنه بيع صحيح؛ فنقل الملك عقيبه، كالذي لا خيار له، ولأن البيع تمليك، بدليل قوله: ملكتك فيثبت به الملك، كسائر البيع يحققه أن التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري، ويقتضيه لفظه، والشرع قد اعتبره وقضى بصحته؛ فيجب أن يعتبره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه، كما لو باع عرضًا بعرض، فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيبًا، وقولهم: إنه قاصر غير صحيح، وجواز فسخه لا يوجب قصوره، ولا يمنع نقل الملك كبيع المعيب، وامتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير، فلا يمنع ثبوت الملك، كالمرهون، والمبيع قبل القبض وقولهم: إنه يخرج من ملك البائع، ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح ؛ لأنه يفضي إلى وجود ملك لا مالك له، وهو محال، ويفضي أيضًا إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري، أو إلى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه، وكون العقد معاوضة يأبى ذلك، وقول أصحاب الشافعي: إن الملك موقوف، إن أمضيا البيع تبينا أنه انتقل، وإلا فلا غير صحيح أيضًا ؛ فإن انتقال الملك إنما ينبني على سببه الناقل له، وهو البيع، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه؛ فإن إمضاءه ليس من المقتضي ولا شرطًا فيه؛ إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله، والفسخ ليس بمانع؛ فإن المنع لا يتقدم المانع، كما أن الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه ولأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقيبه فيما إذا لم يفسخ، فوجب أن يثبته وإن فسخ، كبيع المعيب، وهذا ظاهر» المغني ٤/١٠، وانظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٣٥٨/٤، التلويح للتفتاذاني ٨٦/١، الفروق للقرافي ٣٧٤/٣، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢٥/٢، درر الحكام لعلي حيدر ١٠٩/١، ١١٠، شرح منتهى الإرادات ٣٩/٢.

فكان غير لازم لعدم التمام، وبخلاف خيار العيب فإنه يمنع لزومه، فيثبت الحكم معه تاما حتى لا يكون له ولاية التصرف في المبيع ولا يتمكن من الفسخ بعد القبض إلا بتراض أو قضاء[١].

٨- المقرر بهذا الضابط أن الملك ثابت بنفس البيع، لكن اختلف الفقهاء في صفة ذلك: هل هو ثابت على صفة اللزوم بنفس البيع كذلك، فلا يكون لواحد من المتعاقدين خيار المجلس فليس للمشتري خيار الترك، وليس للبائع خيار الفسخ بغير ولاية شرعية ولا نيابة عرفية، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، أم أنه ثابت بتراخ إلى آخر المجلس، وهذا ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم[٢].

أدلة الضابط :

١- ما حدّث جابر، رضي الله عنه: أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر النبي ﷺ فضربه، فدعا له، فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال: «بِعنيه بِوُقيَّة»[٣]، قلت: لا ثَم، قال: «بِعنيه بِوُقيَّة»، فبعته فاستثنيت حُمْلانه[٤] إلى أهلي، فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه[٥].

وجه الاستدلال: أن جابر - رضي الله عنه - لما استثنى من بيع الجمل حملانه إلى أهله؛ دل ذلك على أن ملكية الجمل قد انتقلت إلى رسول الله ﷺ بعقد البيع الذي تم بينهما، ولو لم تنتقل الملكية

---

(١) انظر: التقرير والتحبير ٣/٢٣٦.

(٢) كشف الأسرار ٣/٥٧٨، العناية ٦/٢٥٧، بدائع الصنائع ٥/٢٦٣.

(٣) الوُقيَّة من الفضة كانت في عرف ذلك الزمان أربعين درهما فتح الباري لابن حجر ٨/٢٦٠.

(٤) الحُملان (بضم المهملة) الحَمْل والمفعول محذوف، أي استثنيت حمله إياي فتح الباري لابن حجر: ٨/٢٦٠.

(٥) رواه البخاري ٣/١٨٩ (٢٧١٨) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٢٢٣ (٧١٥).

لما استثنى جابر حملان الجمل.

٢- لأن البيع لغة وشرعًا موضوع لإفادة الملك[١]؛ فوجب أن يفيد ذلك فور انعقاده؛ لأن تأخر المسببات عن أسبابها على خلاف الأصل[٢].

٣- لأن الحكم الخاص بالبيع والشراء الملك، فإذا ثبت انعقاد العقد ثبت أنه موجب للملك؛ لأن الأسباب الشرعية غير مطلوبة لعينها، بل لحكمها[٣].

٤- لأن البيع معاوضة، والمعاوضة متضمنها النزول عن المعوض والرضا بالعوض، وذلك يحصل بنفس العقد، بخلاف التبرع؛ فإنه بدل لا يقابله عوض، فيشترط فيه الإقباض المشعر بكمال الرضا ونهايته[٤].

٥- القواعد الفقهية القاضية بوقوع الأثر عقيب المؤثر، منها: «حكم الشيء يعقبه»[٥]، «الالتزام المطلق منتجز اللزوم»[٦]، «أثر الشيء إنما يترتب عليه إذا كان صحيحًا»[٧]، «كل مؤثر إذا استجمع لكل ما لا بد منه في التأثير وجب أثره ضرورة»[٨]؛ لأن الأصل ودليله دليلٌ لكل ما يتفرع عنه.

---

(١) انظر: كشف الأسرار ٤/١٨٩، غمز عيون البصائر للحموي ٤/٣٠٥.

(٢) انظر: الفورق للقرافي ١/١٦٤.

(٣) المبسوط ٣٠/١٢٩.

(٤) انظر: رفع الحاجب على مختصر ابن الحاجب لابن السبكي ٤/٤٦١.

(٥) البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٨٣.

(٦) تقويم النظر لابن الدهان ٣/١٤٤.

(٧) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٦/٢٩١.

(٨) العناية ٤/٣٠٦.

تطبيقات الضابط :

١- تصرف البائع في المبيع بالبيع أو الإجارة ونحوها يكون باطلا محرَّمًا؛ لأنه تصرف في ملك غيره؛ إذ الملك في البيع الصحيح يثبت بنفس العقد[١].

٢- إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع للمشتري بلا موجب شرعي يعد غاصبًا له، فتجري عليه أحكام الغصب؛ لأن المبيع ينتقل إلى المشتري بنفس البيع[٢].

٣- لا يجوز للبائع أن ينتفع بالعين المبيعة، إلا بسبب يفيد ذلك كاستثناء المنفعة؛ لأن المبيع ينتقل إلى المشتري بالبيع، ومنفعة الشيء تابعة لرقبته[٣].

٤- للمشتري الاستقلال بالقبض إن سلم الثمن للبائع، وامتنع البائع عن التسليم؛ لأن حقه في ملك المبيع يثبت بنفس البيع[٤].

٥- لو باع شخص ماله من آخر بثمن معلوم، فللبائع أن يحيل بثمنه دائنيه على المشتري قبل أن يقبض ثمن المبيع منه، وله أيضًا أنه يهبه أو يوصي به، وأن يوكل بقبضه؛ لأن ملك الثمن انتقل إليه بنفس البيع[٥].

٦- إذا أفلس المشتري أو مات مفلسًا، لا يعد إفلاسه سببًا مخلا بموجب عقد البيع، وهو نقل الملك، ولا يتمكن البائع من فسخ العقد؛ لأن

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٦٢/٥، الفروع ٨٧/٤ وفيه: «تصرف البائع في المبيع محرم لا ينفذ» الجوهرة النيرة ١٩١/١.

(٢) انظر: حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٧٢/٢، حاشية الجمل ١٧٣/٣.

(٣) انظر: فتاوى السبكي ٤٣٣/١.

(٤) انظر: أسنى المطالب ٨٩/٢.

(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢٣٥/١- ٢٣٦.

ملكية المبيع انتقلت للمشتري بنفس العقد، وإنما يثبت للمشتري حق المطالبة بالثمن، أو حبس المبيع لحين استيفاء حقه إذا كان بيده[(١)].

٧- إذا كان المال المبيع زكائيًّا انقطع حوله ببيعه؛ لزوال ملك صاحبه عنه بنفس البيع، ويحسب لذلك المال حول جديد في حق من انتقل إليه[(٢)].

٨- إذا نقص مال المشتري عن نصاب الزكاة قبل الحول بسبب البيع، فلا زكاة عليه؛ لأن الثمن زال عن ملكه إلى البائع بالبيع، فلم يملك يكن مالكًا للنصاب وقت الوجوب[(٣)].

٩- ليس للمشتري نقض تصرف البائع في الثمن، وإنما يأخذ بدله إن ظهر مستحق للمبيع؛ لأن ملكية الثمن انتقلت للبائع بالبيع؛ فصح تسلطه عليه بالتصرف فيه[(٤)].

١٠- إذا مات المشتري قبل قبض المبيع، وجب على البائع تسليمه إلى من يعلمهم من ورثته؛ لأن الملكية في المبيع انتقلت إلى المشتري بالبيع، ويحرم عليه إنكار واقعة البيع[(٥)].

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: أصول السرخسي ٢/٢٨٢.

(٢) وإذا كان المبيع مما لا يشترط فيه الحول لوجوب الزكاة فيه، كالزروع والثمار في حال شرائها بعد بدو صلاحها، أو شراء الأرض والحائط بما عليها من زروع وثمار، فإن الزكاة فيها تلزم المشتري؛ لانتقال الملك إليه بالبيع الصحيح، وهو رأي جمهور الفقهاء، وقيل: لا تجب الزكاة على المشتري إذا لم يقبض المبيع؛ لضعف الملك وعدم استقراره. انظر: الأم٢/٥٧-٥٨، المغني٢/٣٠١، ٣٥٠، المجموع للنووي ٥/٣١٧، الإنصاف للمرداوي ٣/٩٨، مطالب أولي النهى للرحيباني ٢/١٤.

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢/٢١٩.

(٤) انظر: تحفة المحتاج ٦/٧٩، حاشية البجيرمي ٣/١٨٤.

(٥) انظر: القواعد لابن رجب ص ٢٥٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٣٧

نص الضابط: مَا كَانَ فِي حُكْمِ جُزْءٍ مِنَ المَبِيعِ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِي البَيْعِ بِلَا ذِكْرٍ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار دخل في البيع من غير ذكر[٢].

٢- كل ما جرى عرف البلدة على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- ما دخل في المبيع تبعًا من غير ذكر ليس له حصة من الثمن[٤]. (تكامل).

٢- النماء المتصل تبع للمبيع[٥]. (أخص).

---

(١) انظر: مرشد الحيران لقدري باشا ص٦١ وأصل العبارة: «ما كان في حكم جزء من المبيع بأن كان لا يُنتفع بالمبيع إلا به؛ فإنه يدخل في البيع بلا ذكر» وانظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٤٢٩ (المادة ٢٣١).

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٤٢٨.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٤٢٨.

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٤٢٨.

(٥) مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ١/١٨١، وانظر قاعدة: «الزيادة المتصلة تتبع الأصل» في قسم القواعد الفقهية.

شرح الضابط :

يفيد هذا الضابط : أن الأشياء المنفصلة المنقولة التابعة للمبيع، والتي يتوقف عليها الانتفاع بالمبيع هي في حكم جزء المبيع، وفي حكم المتصل به، فكما أنها إذا ذكرت وصرح بها في البيع تدخل فيه، فكذلك إذا لم تذكر ولم يصرح بها.

كما إذا اشترى إنسان قفلا من الحداد من غير أن يذكر دخول المفتاح في البيع أو عدم دخوله، فالمفتاح داخل في هذا البيع[1].

ومعنى شمول المبيع لتلك الأشياء: أنها تدخل معه بالثمن نفسه دون أن يكون لها حصة من الثمن، وهذا ما تعضده القاعدة المشهورة: (التابع تابع)، ومن الضوابط المتفرعة عنها في مجال البيوع: «كل ما يدخل في المبيع تبعًا لا حصة له من الثمن».

توابع المبيع :

تتنوع توابع المبيع إلى ما يلي:

أ - ما يتناوله مدلول اسم المبيع، بحيث يعتبر جزءاً من أجزائه، فبيع الخزانة مثلا يدخل فيه الأدراج.

ب- ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع بالنظر إلى الغرض من العقد عليه، فبيع القفل يدخل معه المفتاح.

ج- ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار، بأن كان موضوعًا على وجه الدوام، فبيع الدار تدخل فيه الأبواب.

د- ما جرى العرف ببيعه مع المبيع تابعًا له، كالخطام بالنسبة للبعير.

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٤٢٩.

والعرف يختلف باختلاف البلاد، فما جرى العرف في بلد بدخوله في البيع تبعًا دخل فيه، وإن لم يجرِ هذا العرف في بلد آخر.

ويقول القرافي في الفرق بين قاعدة ما يتبع العقد عرفًا، وقاعدة ما لا يتبعه - بعد أن سرد الأبواب في ذلك- قال: «وهذه الأبواب التي سردتها مبنية على العوائد، غير مسألة الثمار المؤبَّرة (أي الملقَّحة)، بسبب أن مدركها النص والقياس[١]، وما عداها مدركه العرف والعادة»[٢].

ويرى الإمام يحيى من الزيدية: أن المعادن الجامدة تملك بملك الأرض وتتبعها في البيع؛ إذ هي جزء منها، ولا يدخل الركاز في بيع الأرض؛ إذ ليس منها، ولا تدخل المعادن المائعة، كالنفط والقار؛ إذ ليس من جنس الأرض[٣].

وعند الإباضية يتبع المبيع ما يشمله اسمه، ويفسد إن نزع منه، كباب بمساميره، وحيطان الدار، ونوى التمر[٤].

ومما ينبغي الإشارة إليه أن الأشياء التي لا تدخل في البيع من غير ذكر،

---

(١) للفقهاء خلاف، فيما يتعلق بثمار الشجر والنخل المؤبَّر هل تدخل في البيع مع الشجر والنخل أم لا؟ فيرى جمهور الفقهاء أنها للبائع، إلا أن يشترط ذلك المشتري؛ لما روى ابن عمر، رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «من باع نخلا قد أُبِّرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع» أخرجه البخاري، الفتح ٣١٣/٥ أما إذا لم تكن مؤبرة فهي للمشتري.

وعند الحنفية لا تدخل الثمرة في المبيع مؤبرة أو غير مؤبرة على الصحيح إلا بالشرط. انظر: الهداية للمرغيناني ٢٥/٣، حاشية ابن عابدين ٣٨/٤، الفروق للقرافي ٢٨٥/٣، منح الجليل لعليش ٧٢٣/٢، نهاية المحتاج للرملي ١٣٠/٤، المغني لابن قدامة ٨٧/٤، ٩٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٠٩/٢، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١/٩.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٣/٤-٣٤، الفروق للقرافي ٢٨٣/٣، ٢٨٨، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٨٠/٢-٨٦، المهذب للشيرازي ٢٨٥/١، تكملة المجموع للسبكي ٢٦٨/١١، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٠٦/٢ - ٢٠٩، كشاف القناع للبهوتي ٢٧٥/٣، شرح المجلة: المواد ٢١٩ ٢٣٠، ٢٣٤، ٢٣٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧/٩.

(٣) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ١٤٥/٨.

(٤) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠٧/١٥.

فإنها تدخل إذا ذُكرت وشُرط دخولها فيه، فإذا قال البائع: (بعت هذه الأرض مع ما عليها من الزرع، أو بعت هذه الشجرة مع ما عليها من الثمر، أو بعت هذا الحصان مع سرجه)، دخل الزرع والثمر والسرج في المبيع[1].

أدلة الضابط:

١- (قاعدة التابع تابع)[2]؛ فإن جزء المبيع تابع له في الواقع، فيكون تابعًا له في الحكم، وهو شمول الثمن له.

٢- (قاعدة العادة محكّمة)[3]. فإن العادة جرت بدخول جزء المبيع في المبيع.

تطبيقات الضابط:

١- من باع أرضًا دخل فيها الغراس والبناء؛ لاتصالها بها اتصال قرار كما يدخل في بيع الأرض الحجارة المخلوقة والمثبتة فيها؛ لأنها من أجزائها[4]، وما كان في حكم جزء من المبيع؛ فإنه يدخل فيه بلا ذكر.

٢- إذا بيعت دار دخل في البيع الأقفال المسمَّرة والخِزانات المستقرة والبستان الذي هو داخل حدود الدار والبلاط وساحة الدار[5]؛ لأن ما كان في حكم جزء من المبيع فإنه يدخل فيه بلا ذكر.

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/ ٤٣٥.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/ ٨٤ (المادة ٤٧).

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/ ٦٥ (المادة ٣٦).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٧، حاشية الدسوقي ٣/ ١٧٠، الفروق ٣/ ٢٨٣، نهاية المحتاج ٤/ ١١٦ - ١٢٣، المغني ٤/ ٨٥ - ٨٨، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٠٧، الموسوعة الفقهية الكويتية ٩/ ٢٠.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/ ٤٣١- ٤٣٢.

ويدخل في بيع الدار - كذلك - السلالم الخشبية المثبتة والأبواب، بخلاف السلالم المنقولة وأحواض الأزهار المنقولة؛ فإنها لا تدخل مع المبيع في البيع دون تصريح بها، أما المرايا فإذا كانت منقولة معلقة تعليقًا فلا تدخل، وإذا كانت مثبتة في أصل البناء فإنها تدخل.

وفي هذا العصر يدخل تجهيز حمامات الدور من المواقد، ومستودعات الماء، وأنابيب الدخان، والأحواض المسماة (بانيو)، وكذلك أنابيب تمديدات المياه الداخلية، والصنابير (الحنفيات)، وتمديدات الكهرباء بأسلاكها ومفاتيحها؛ لأنها موضوعة لتبقى لا لترفع، بخلاف المصابيح الكهربائية والقناديل بمختلف أنواعها؛ فإنها لا تدخل[١].

٣- إذا اشترى الرجل أرضًا وفيها نخل له ثمرة ولم يشترطها؛ قال ابن أبي ليلى: الثمرة للمشتري؛ لأن الثمرة متصلة بالمبيع اتصال خِلقة؛ فتدخل في المبيع من غير ذكر[٢]، وفي بيع حديقة زيتون تدخل أشجار الزيتون من غير ذكر؛ لأن حديقة الزيتون تطلق على أرض تحتوي على أشجار الزيتون[٣].

٤- من باع حيوانًا تبعه ما جرى العرف بتبعيته له، كاللجام والمقود[٤]؛ لأن ما كان في حكم جزء من المبيع، فإنه يدخل في البيع بلا ذكر.

---

(١) انظر: عقد البيع لمصطفى الزرقاء ١/٥٧- ٥٨.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٣٠/١٣١.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٤٢٨.

(٤) انظر: الهداية ٣/٢٥، حاشية ابن عابدين ٤/٣٨، شرح منتهى الإرادات ٢/٢١٣.

٥- إذا بيعت سيارة دخل في البيع ما يوجد معها من قطع وأدوات تابعة لها، كالعجلة الاحتياطية، ورافعة السيارة، ونحو ذلك؛ لأن ما كان في حكم جزء من المبيع، فإنه يدخل في البيع بلا ذكر.

براء الإدلبي

* * *

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٣٨

نص الضابط: حُقُوقُ العَقْدِ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ إِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِالعَاقِدِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- حقوق العقد في باب البيع ترجع إلى العاقد[٢].

٢- حقوق العقد في باب الشراء تتعلق بالعاقد، ولا تتعلق بمن وقع العقد له[٣].

٣- حقوق العقد في البيع تتعلق بالعاقد[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- حقوق العقد تتعلق بالعاقد[٥]. (أعم).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٨٠/٧.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٥/٤، شرح أدب القاضي لابن مازه ١٨/٥.

(٢) شرح أدب القاضي لابن مازه ١٣٥/٤.

(٣) الفروق للكرابيسي ٢٧١/١.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٨/٥، الفروق للكرابيسي ٢٥٥/١.

(٥) المبسوط ٢٠٦/١٠، «حقوق العقد مقتصرة على العاقد» بدائع الصنائع ٢٣٢/٢ «حقوق العقد تتعلق بالعاقد دون المعقود له» حاشية الشلبي مع تبيين الحقائق للزيلعي ٢٦٢/٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- الوكيل بالعقد فيما هو من حقوق العقد ينزل منزلة العاقد لنفسه[١]. (عموم وخصوص).

٣- حقوق العقد تتعلق بالوكيل[٢]. (عموم وخصوص).

٤- الحقوق في البيع تتعلق بالوكيل[٣]. (أخص).

٥- حقوق العقد إنما تتعلق بالموكل[٤]. (مخالفة).

شرح الضابط :

المراد بحقوق العقد في البيع : كل ما يكون ضروريًّا لإتمام موجَب البيع واستقرار حكمه، كتسليم الثمن، وقبض المبيع، وضمان التعرض والاستحقاق، وإعمال الخيارات المقررة في البيع باتفاق المتعاقدين أو بنص الشارع، وغير ذلك من الأعمال الإجرائية اللازمة لإتمام حكم البيع وهو نقل الملك[٥].

والأصل أن حقوق العقود تتعلق بالعاقد إذا كان يباشر العقد بنفسه لنفسه، فمن اشترى شيئًا لنفسه وباشر عقد البيع بنفسه، فإن كافة الحقوق اللازمة لإتمام حكم البيع، والمترتبة عليه ترجع إليه، أمَّا إذا استناب الشخص غيره في عقد من

---

(١) المبسوط ١٨٣/٣٠، ٢٢١، ٢٣٢ ووردت بلفظ آخر: «العاقد لغيره بمنزلة العاقد لنفسه فيما يرجع إلى حقوق» العقد المبسوط ٨٠/٧.

(٢) المبسوط ٣٣/١٩.

(٣) تبيين الحقائق ٩٦/٢ وبألفاظ أخر: «البيع تتعلق حقوقه بالوكيل» العناية ٢٠/٨، «حقوق البيع راجعة إلى الوكيل» بدائع الصنائع ٥٤/٦.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٠٣/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤٨٢/٣ وبألفاظ أخر: «حقوق العقد تتعلق بالموكل دون الوكيل» شرح الكوكب المنير للفتوحي ص ١٣، «حقوق العقد تتعلق بالموكل» انظر: المغني لابن قدامة ٨٢/٥.

(٥) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢٤٨/٢، الجوهرة النيرة للعبادي ٣٠٠/١، المغني ٨٢/٥.

العقود، فإنه يفرق في ذلك بين ضربين من العقود، وبيان ذلك فيما يلي:

١- كل عقد لا يجوز أن ينتقل موجبه من شخص إلى شخص، ولا يملك المستناب أن يضيفه إلى نفسه، فالمستناب فيه أيًا كانت صفته لا تتعلق به حقوق العقد، إنما تتعلق بالمستنيب، فالوكيل فيه يكون مغايرًا، كحقوق العقد في النكاح والخلع والصلح ودم العمد، أو عن إنكار تتعلق بالآمر دون العاقد؛ لأن الوكيل في النكاح ونحوه مفتقر شرعًا لأن يضيف العقد إلى آمره، فالوكيل في باب النكاح ونحوه ليس بعاقد بل هو سفير محض عن الأصيل ومعبر عنه[1]؛ وعلى ذلك فحقوق العقد ترجع في ذلك إلى الآمر، فمن حلف لا يتزوج امرأة، فأمر غيره فزوجه؛ حنث[2].

٢- كل عقد يجوز أن ينتقل موجبه من شخص إلى شخص، ولا يفتقر المستناب إلى إضافته للمستنيب، كعقود المعوضات، ومن أهمها عقد البيع، فإن حقوق العقد فيه ترجع إلى العاقد، وهذا هو مفاد الضابط المذكور بحسب صيغته المختارة، ولكن ثمة صيغ أخرى لدى بعض الفقهاء تكشف عن خلاف فقهي بين الفقهاء في ذلك، حاصله ما يلي:

القول الأول: يرى أن حقوق البيع ترجع إلى العاقد سواء كان هذا العاقد يباشر العقد لنفسه، أو كان يباشر العقد لغيره بصفته وكيلا، وبهذا قال الحنفية[3]، ووافقهم المالكية إذا لم يصرح الوكيل بصفته، وهو أنه وكيل عن غيره في مباشرة العقد[4]، وهو المنصوص عليه في مذهب الشافعية في معظم

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٥٧، الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٣/١٩٠- ١٩١.

(٢) انظر: المبسوط ٩/٩، بدائع الصنائع٢/٢٣٢، مجمع الأنهر لشيخي زاده٢/٢٢٤، مجمع الضمانات لابن غانم ص ٢٤٣.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ٦/١٨٤.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣/٣٨١، شرح الخرشي ٦/٧٢.

أحكام العقد ومقتضياته[١]، ووافقهم الزيدية في ذلك أيضًا مالم يضف الوكيل البيع إلى الموكل[٢].

القول الثاني: يرى أن حقوق البيع في حالة مباشرة الوكيل ترجع إلى الموكِّل ويخاطب بها، وبهذا قال الحنابلة[٣]، ووافقهم المالكية فيما لو صرح الوكيل بصفته، أو أعلم من يتعاقد معه بذلك، وهو أنه يشتري أو يبيع باسم موكله ولمصلحته، أو ثبت علم الغير بذلك ببينة أو دلالة حال[٤]، وبه قال الشافعية في بعض مقتضيات عقد البيع[٥].

---

(١) انظر: المجموع ٩/٢٣٢، حاشية الجمل ٣/٤١٧ وفيها: «أحكام عقد الوكيل تتعلق به لا بالموكل؛ لأنه العاقد حقيقة» حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/٤٣٤.

(٢) التاج المذهب للعنسي ٤/١٢٢ وفيه: «يشترط لإضافتها أي حقوق البيع إلى الوكيل أن لا يضيف الوكيل العقد إلى الموكل، فإن أضاف لم تعلق به الحقوق».

(٣) المغني ٥/٨٢ .

(٤) انظر: حاشية الدسوقي ٣/٣٨١، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٩٨، التاج والإكليل للمواق ٧/١٨١-١٨٢، شرح الخرشي ٦/٧٢، بلغة السالك للصاوي ٣/١٩١، ٣/٥٠٨، منح الجليل لعليش ٦/٣٧٥ وفيه: «وطولب أي وكيل الشراء أو البيع بثمن ومثمن ما لم يصرح بالبراءة: كبعثني فلان لتبيعه لا لأشتري منك، وبالعهدة ما لم يعلم».

(٥) انظر: المجموع ٩/٤٧٨ وفيه: «لو وكل رجلان رجلا في البيع أو الشراء، وقلنا: الصفقة تتعدد بتعدد المشتري، أو وكل الرجل رجلين في البيع أو الشراء، فهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعاقد؟ أم المعقود له؟ فيه أربعة أوجه: (أصحها): وبه قال ابن الحداد، ونقل الرافعي تصحيحه عن الأكثرين: أن الاعتبار بالعاقد؛ لأن أحكام العقد تتعلق به ألا ترى أن المعتبر رؤيته دون رؤية الموكل؟ وكذا خيار المجلس يتعلق به دون الموكل؟ (والثاني): الاعتبار بالمعقود له، قاله الشيخ أبو زيد وأبو عبد الله الخضري وصححه الغزالي في الوجيز؛ لأن الملك له. (والثالث): الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي الشراء بالعاقد، وهو قول أبي إسحاق المروزي، والفرق: أن العقد يتم في الشراء بالمباشر دون المعقود له؛ ولهذا لو أنكر المعقود له الإذن في المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع، قال إمام الحرمين رحمه الله: وهذا الفرق هو فيما إذا كان التوكيل بالشراء في الذمة. (والرابع): الاعتبار في جانب الشراء بالموكل وفي البيع بهما جميعًا؛ فإنهما إن تعددا تعدد العقد اعتباراً بالشقص المشفوع؛ فإن العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع لا بتعدد الوكيل»، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٧٦، نهاية المحتاج للرملي ٥/١٥ وفيها: «العبرة في اتحاد العقد وتعدده بالوكيل، إلا في الشفعة والرهن فالعبرة فيها بالموكل» نهاية المحتاج ٨/٢٧٠ وفيها:=

ومن أبرز الثمار الفقهية المترتبة على هذا الخلاف: أنه إذا اشترى الوكيل لموكله شيئًا بإذنه انتقل الملك من البائع على الموكل، ولم يدخل في ملك الوكيل لدى جمهور الفقهاء، خلافًا لما هو مقرر لدى الحنفية: أنه يدخل في ملك الوكيل أولا، ثم ينتقل إلى الموكل[١].

ويجدر التنبيه إلى أمرين مهمَّين يتعلقان بموضوع هذا الضابط:

الأمر الأول: أن إرادة النائب في البيوع إذا حلت بصفته سفيرًا محل إرادة الأصيل لا وكيلا عنه، فإن حقوق العقد ترجع إلى الأصيل؛ لأنه لا يعدو كونه ناقلا لكلام الأصيل، إن جرت إرادة النائب في حدود المأذون له به من قبل الأصيل، وتعامل باسم الأصيل لا باسم نفسه، وكان أهلا لمباشرة العقد، أمَّا إن خرج عن حدود الإذن أو تعامل باسم نفسه، فإنه يكون مخاطبًا بحقوق البيع لا الأصيل[٢].

الأمر الثاني: إذا كان النائب أهلا للعبارة لا أهلا للتصرف كالصبي العاقل، فإن ما يباشره من بيوع بصفته نائبًا عن غيره ترجع فيها الحقوق إلى الأصيل؛ لأن النائب هنا بمنزلة الناقل للعبارة، وعن أبي يوسف: أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع، ثم علم بذلك له خيار الفسخ؛ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه يتخير؛ لأنه فات عن وصف مرغوب فيه؛ فصار كما إذا عثر على عيب لم يرض به[٣].

= «العبرة بالخصومات في نحو اليمين بالموكل لا بالوكيل» حاشية الجمل ٣/١٠٠ وفيها: «العبرة في اتحاد الصفقة وتعددها في غير الرهن والشفعة بالوكيل، لتعلق أحكام العقد به، كرؤية المبيع وثبوت خيار المجلس» حاشية البجيرمي ٣/١٤٠- ١٤١.

(١) المغني لابن قدامة ٥/٨٢.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٤/٢٥٧، حاشية الجمل ٣/٤١٨، الوسيط للسنهوري ص ٩٣.

(٣) انظر: فتح القدير والعناية على الهداية ٧/٥١٤، الجوهرة النيرة ١/٢٩٩.

أدلة الضابط :

أولاً : دليل من يرى أن الأصل تعلق حقوق البيع بالعاقد مطلقًا سواء كان مباشرًا أو وكيلا:

١- قاعدة: «الحُكم يَثبُت لمن باشر سببه»[١]، ودليلها، فالوكيل هو الذي باشر عقد البيع فتتعلق به حقوق البيع.

٢- لأن الوكيل أصل في العقد وهو العاقد حقيقة؛ فالعقد يقوم بكلامه، وكان ينبغي أن تتعلق به كافة موجباته حكمه وحقوقه، غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم، جعلناه نائبًا في حق الحكم للضرورة، كي لا يبطل مقصوده، وروعي الأصل في حقوق العقد ومقتضياته، والدليل على أنه أصل في العقد: استغناؤه عن إضافته إلى الموكل[٢].

ثانيًا : دليل من يرى أن الأصل تعلق حقوق البيع بالموكل دون الوكيل:

- لأن الملِك، وهو حكم العقد يحصل للموكل، فتتعلق به حقوق العقد أيضًا؛ لأن الحقوق تبع للحكم[٣].

تطبيقات الضابط :

١- إذا أبرأ البائعُ الوكيلَ من الثمن لم يبرأ الموكل، وإذا أبرأ الموكلَ برئ الوكيل؛ لثبوت ثمن المبيع في ذمة الموكل[٤]؛ جريًا على قول من يرى أن حقوق البيع تتعلق بالموكل دون الوكيل.

٢- إذا تصارف الوكيلان، لم ينبغ لهما أن يفترقا حتى يتقابضا، كما لو

(١) المبسوط ١٢/٥٩، العناية للبابرتي ٦/١٥٥.
(٢) انظر: تبيين الحقائق ٤/٢٥٦، حاشية الجمل ٣/٤١٧.
(٣) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/١٢٣.
(٤) انظر: المغني ٥/٨٢.

باشرا العقد لأنفسهما[1]؛ جريًا على قول من يرى أن حقوق البيع تتعلق بالعاقد.

٣- إذا اطلع الوكيل على عيب بالمبيع، فله الرد بالعيب؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد[2]، وحقوق العقد في باب البيع تتعلق بالعاقد، والقول الآخر على خلافه.

٤- إذا طلب الموكل ثمن المبيع فيما اشتراه وكيله من المشتري، فللمشتري منعه من ذلك؛ لأن الوكيل هو الذي يطالب بالثمن لكونه[3]؛ جريًا على قول من يرى أن حقوق البيع ترجع إلى العاقد، خلافًا لمنازعه.

٥- ليس للموكل أن يخاصم في العيب مع البائع فيما اشتراه وكيله؛ لأن الذي له ذلك هو الوكيل[4]؛ جريًا على قول من يرى أن حقوق البيع تتعلق بالعاقد، والقول الآخر على خلافه.

٦- إذا عقد الوكيل السلم، ثم أمر الموكل بأداء رأس المال، وذهب الوكيل بطل السلم؛ لأن وجوب قبض رأس المال قبل الافتراق من حقوق العقد؛ فيتعلق بالعاقد وهو الوكيل، والموكل فيه كأجنبي آخر؛ فلا معتبر ببقائه في المجلس بعد ذهاب العاقد، ولا بذهابه إذا بقي المتعاقدان في المجلس[5]؛ جريًا على من يرى أن حقوق البيع ترجع إلى العاقد.

---

(١) انظر: المبسوط ٦٠/١٤.

(٢) انظر: المبسوط ٨٠/٢١.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٢٥٧/٤، البحر الرائق لابن نجيم ١٥٧/٧.

(٤) انظر: المبسوط ١٧٥/١١.

(٥) انظر: المبسوط ٢٠٨/١٢.

٧- إذا حلف شخص أنه لا يبيع ولا يشتري، فأمر غيره ففعل ذلك، لم يحنث؛ لأن حقوق العقد في البيع والشراء تتعلق بالعاقد[1]، خلافًا لمن يرى أنها تتعلق بالآمر وعليه فإنه يحنث.

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

(١) انظر: المبسوط ٩/٩.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٣٩

نص الضابط: البَيعُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهُ بِالشَّرْطِ مُطْلَقًا[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- لا يصح تعليق البيع بشرط أو حادثة مستقبلة[٢].

٢- لا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل[٣].

٣- البيع لا يقبل التعليق[٤].

صيغ ذات علاقة :

١- التعليق لا مَدخل له في المعاوضات[٥]. (أعم).

٢- تعليق التمليكات والتقييدات بالشرط باطل[٦]. (أعم).

٣- ما كان تمليكًا محضًا لا مَدخل للتعليق فيه قطعًا[٧]. (أعم).

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣١.

(٢) المادة ٣٥١ من مرشد الحيران.

(٣) المهذب للشيرازي ١/٢٧٣، المجموع للنووي ٩/٣٤٠، البيان للعمراني ٥/١١٤.

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٣٧٨.

(٥) المجموع شرح المهذب ٩/١٧٠، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «العقود لا يجوز تعليقها».

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٣٦، وقد جاء في جامع الفصولين ٢/٢ بلفظ: «تعليقُ التمليكات والتقييدات بالشرط لا يجوز»، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) المنثور للزركشي ١/٣٧٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٧٧ وقد جاء في البحر الرائق ٦/١٩٤، وتبيين الحقائق ٤/١٣١ بلفظ: «التعليق بالشرط المحض لا يجوزُ في التمليكات».

٤- الفُسوخ لا تقبل التعليق[١]. (نظائر).

٥- يجوز تعليق جميع العقود والفسوخ[٢]. (قاعدة مخالفة).

شرح الضابط:

التعليق في الاصطلاح الفقهي: «هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى»[٣]، وتعليق العقد بالشرط: «إنشاؤه بصيغة تفيد ارتباط وجوده بأمر آخر معلق عليه، وهو المسمى بالشرط الجعلي»[٤]، وذلك كقولك: إنْ جاءت بضاعتي الفلانية غدًا، فقد بعتكها بكذا، أو: بعتك داري بكذا إنْ باع لي فلان داره، ونحو ذلك[٥].

وقال البجيرمي: والمراد بعدم التعليق: هو الذي لا يقتضيه العقد، بخلاف ما يقتضيه، كـ(إنْ كان ملكي، فقد بعتكه، أو: بعتك إن شئت)»[٦]، فذلك صحيح.

ويشترط لصحة التعليق بالشرط أن يكون المعلَّق عليه معدومًا على خطر الوجود أي يجوز أن يوجد في المستقبل، ويجوز أن لا يوجد، فإنْ كان ذلك الأمر المعلَّق عليه محقق الوجود في الحال، كان تعليق العقد صوريًّا فقط، وهو

---

(١) القواعد لابن رجب ص ٥٦٦.

(٢) القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص ١٢٠.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٣٦.

(٤) المدخل الفقهي العام للزرقا ١/ ٥٦٤ و(الشرط الجعلي): هو ما اشترطه المكلف، كما لو اشترطت المرأة تقديم المهر كله، أو لو اشترط البائع تسليم المبلغ في مكان ما، وتكاليف نقله على المشتري، وأمثال ذلك.

ويشترط في الشرط الجعلي أن لا يكون منافيًا لما قرره الشارع، كما لو باعه شيئًا وشرط عليه قيدًا في إطلاق ملكيته عليه. انظر: علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ١/ ١١٩، شرح المعتمد ١/ ٨٨.

(٥) العقود والشروط والخيارات لأحمد إبراهيم ص ٦٦٩.

(٦) حاشية البجيرمي على الإقناع للخطيب ٣/ ١٠.

في الحقيقة تنجيز، وإن كان أمرًا مستحيلا - كقوله: إنْ دخل الجمل في سمِّ الخياط، فقد بعتك سيارتي هذه بألف دينار - كان لغوًا[١].

والتعليق بالشرط يقتضي وقوع الأمر المعلَّق عند تحقق الشّرط المعلّق عليه، كما يقتضي دوام انتفائه ما دام الشرط معدومًا أي أنَّ المشروط مرتبط بالشرط وجودًا وعدمًا[٢]، والعقد المعلَّق بالشرط مهما كان نوعه هو عدم قبل وقوع الشرط المعلَّق عليه[٣].

وذكر القرافي أنَّ البيع من العقود التي تقبل التقييد بالشرط دون التعليق به، ثم قال: فإنه يصح أن يقال: بعتك على أن تأتيني بالرهن أو الكفيل بالثمن، أو غير ذلك من الشروط المقارنة لتنجيز البيع، ولا يصح التعليق عليه»[٤].

وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٥]، والشافعية[٦]، والمالكية[٧]، والحنابلة على المذهب[٨]، والظاهرية[٩]، والزيدية[١٠]، والإباضية في قول[١١]، إلى عدم صحة تعليق البيع على شرط في الجملة، وعلى ذلك نصت المادة

---

(١) العقود والشروط والخيارات ص ٦٦٣، وانظر: المادة ٣١٨ من مرشد الحيران.

(٢) المدخل الفقهي العام ١/٥٧٥، وانظر: المادة ٨٢ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) المدخل الفقهي العام ١/٥٧٨.

(٤) الفروق ١/٢٢٩، وانظر: ترتيب الفروق للبقّوري ص ٨٦، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٣٧٩.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٣٦، تبيين الحقائق ٤/١٣١، البحر الرائق ٦/١٩٤.

(٦) المجموع للنووي ٩/١٧٠، ٣٤٠، البيان للعمراني ٥/١١٤، المنثور للزركشي ١/٣٧٤، ٣٧٧، مغني المحتاج ٢/٥، ٦، المهذب ١/٢٧٣.

(٧) الفروق للقرافي ١/٢٢٩، ترتيب الفروق للبقّوري ص ٨٦.

(٨) الفروع ٦/١٩٠، المبدع ٤/٥٩، الإنصاف ١١/٢٤٩، مطالب أولي النهى ٣/٤٢، الشرح الكبير على المقنع ١١/٢٤٩، كشاف القناع ٣/١٨٣، معونة أولي النهى ٤/٩٢، شرح منتهى الإرادات ٢/١٦٥.

(٩) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٥/٦، ١٣، ١٤، ٣١.

(١٠) البحر الزخار ٥/٥٤، ٢٠٢.

(١١) شرح النيل ٨/١٤٤.

(٣٥١) من (مرشد الحيران): لا يصح تعليق البيع بشرط أو حادثة مستقبلة»، وجاء في المادة (٢٥٤) من (مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد): «البيع المعلَّق على شرط لا يصح، فلو قال: بعت هذا، أو اشتريته بكذا إنْ رضي فلان، أو إنْ قدم، لم ينعقد»، وعلى مذهبهم جرى الضابط.

لكن الحنفية، وإن وافقوا الجمهور من حيث الجملة، إلا أنهم فصلوا في ذلك من حيث دخول أدوات الشرط على صيغة البيع، فرأوا أن كلمة الشرط إن كانت (إنْ) منع تعليق البيع بالشرط، وإن كانت (على) ففيه تفصيل: فإن كان الشرط مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل به كما إذا اشترط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار - لا يفسد البيع ويجوز الشرط، وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم تجرِ العادة به، فإن كان في الشرط منفعة لأهل الاستحقاق فسد البيع، وإلا فلا[١].

وخالفهم في ذلك أحمد في رواية عنه[٢] - اختارها وصححها شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[٣] - فقال بصحة تعليق البيع بالشرط، ونقل عن الإمام أحمد تعليقه فعلا منه[٤]، وهو قول للإباضية[٥]، وقد رجحه العلامة ابن سعدي من متأخري الحنابلة فقال: «والصحيح أنَّ التعليق للعقود كلها بالشروط المعلومة غير المجهولة جائز، لا محذور فيه»[٦]، وقال ابن تيمية: «يجوز تعليق العقود بالشروط إذا كان في ذلك منفعة للناس، ولم يكن متضمنًا ما نهى الله عنه ورسوله، فإنَّ كل ما ينفع الناس، ولم يُحرِّمه الله ورسوله، هو

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر ٤/ ٤٢، درر الحكام ٢/ ٢٠٠.

(٢) الفروع ٦/ ١٩٠، الإنصاف ١١/ ٢٤٩، المبدع ٤/ ٥٩، معونة أولي النهى ٤/ ٩٢.

(٣) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ١٢٣، الإنصاف ١١/ ٢٤٩، الفروع ٦/ ١٩٠، المبدع ٤/ ٥٩، بدائع الفوائد ٤/ ٩٦، إعلام الموقعين ٣/ ٣٩٩.

(٤) الإنصاف ١١/ ٢٤٩.

(٥) شرح النيل ٨/ ١٤٤.

(٦) الفتاوى السعدية ص ٣٥٤.

من الحلال الذي ليس لأحد تحريمه، وقد ذكرنا عن أحمد نفسه جواز تعليق البيع بشرط، ولم أجد عنه، ولا عن قدماء أصحابه نصًّا بخلاف ذلك»(١)، وقال ابن القيم: «تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط - أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف»(٢)، وقال أيضًا: «ليس في الأدلة الشرعية ولا القواعد الفقهية ما يمنع تعليق البيع بالشرط والحق جوازه؛ فإن المسلمين على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالا»(٣).

واحتجوا على ذلك بأن الأصل في الشروط العقدية الإباحة، تعليقية كانت أم تقييدية، ما لم يكن هناك دليل شرعي حاظر، لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»(٤)، ولم يرد نص أو قياس صحيح يمنع تعليق عقد البيع بالشرط. وبما روي عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، أنه فعل ما يدل على صحة تعليق المعاوضات بالشرط بحضرة الصحابة، ولم يعرف له منهم مخالف؛ فكان إجماعًا(٥)، ثم بالقياس على النذر، بجامع الالتزام في كل منهما؛ «إذ الشروط في حقوق المكلفين كالنذر في حق رب العالمين»(٦)، وتعليق النذر بالشرط جائز بالإجماع ونص الكتاب(٧)، فكذلك تعليق البيع بالشرط إذا لم يكن فيه مخالفة لنص شرعي أو قياس صحيح.

---

(١) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٧.

(٢) إعلام الموقعين ٣/٣٩٩.

(٣) بدائع الفوائد ٤/٩٦.

(٤) علقه البخاري ٣/٩٢ بصيغة الجزم، ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس، رضي الله عنهما، ورواه الترمذي ٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢)، وابن ماجه ٢/٧٨٨ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧(٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني، رضي الله عنه، بلفظ: «على شروطهم»، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٥) انظر: فتح الباري ٥/٧٥، ٧٦، المحلي ٨/٣٧٤، المصنف لعبد الرزاق ٥/١٤٨، إعلام الموقعين ٣/٤٠٠، السنن الكبرى للبيهقي ٦/٣٤، ١٣٥، شرح معاني الآثار ٤/١١٤.

(٦) إعلام الموقعين ٣/٤٠٢.

(٧) إعلام الموقعين ٣/٣٩٩.

أدلة الضابط :

١- بأنه بيع غَرَر[١]؛ إذ الشرط قد يتحقق وقد لا يتحقق، والبيع مرتبط به وجودًا وعدمًا، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغَرَر[٢].

٢- بأنه شرط في البيع، وقد روي عن النبي ﷺ أنه: نهى عن بيع وشرط[٣].

٣- بأنَّ فيه معنى القمار[٤]، قال ابن عابدين: «القمار هو المراهنة كما في القاموس وحاصله أنه تمليك على سبيل المخاطرة، ولما كانت هذه تمليكات للحال، لم يصح تعليقها بالخطر؛ لوجود معنى القمار»[٥].

٤- بمنافاته للرضى، الذي هو مناط صحة العقود، قال القرافي: «إنَّ انتقال الأملاك يعتمد على الرضى، والرضى إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق؛ فإنَّ شأن المعلَّق عليه أن يعترضه عدم الحصول»[٦]

٥- وبأنه عقد معاوضة، وهو يقتضي نقل الملك حال العقد، والتعليق بالشرط يمنعه[٧].

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩/٣٤١.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ٣/١١٥٣ (١٥١٣) من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه.

(٣) رواه الطبراني في الأوسط ٤/٢٣٥، وأبو حنيفة في مسنده ١/١٦٠ كلاهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٤) الدر المختار مع رد المحتار ٤/٢٣٤، تبيين الحقائق ٤/١٣١، ١٣٤.

(٥) رد المحتار ٤/٢٣٤.

(٦) الفروق للقرافي ١/٢٢٩، وانظر: المنثور للزركشي ١/٣٧٤، ترتيب الفروق للبقوري ص ٨٦.

(٧) مطالب أولي النهى ٣/٧٧، شرح منتهى الإرادات ٢/١٦٥، معونة أولي النهى ٤/٩٢، وانظر: المبدع ٤/٥٩، كشاف القناع ٣/١٨٣.

تطبيقات الضابط :

١- لو قال شخص لآخر، إنْ مات أبي فقد بعتك كذا بكذا، لم يصح؛ لأنه يشترط لصحة عقد البيع عدم التعليق بالشرط[١].

٢- لو قال شخص لآخر: إذا جاء شهر كذا أو قدم الحاج أو المسافر، فقد بعتك كذا بكذا، لم يجز[٢]، قال الشيرازي: «ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل؛ لأنه بيع غرر من غير حاجة»[٣].

٣- لو قال شخص لآخر: بعتك إن جئتني بكذا أو: بعتك إنْ رضي فلان، ونحو ذلك، فلا يصح البيع؛ لأن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع، والشرط هنا يمنعه[٤].

٤- من باع سلعة وقال في العقد للمشتري: إن لم تأتِ بالثمن في الوقت الفلاني فلا بيع بيننا، لم يصح البيع عند الشافعية؛ لأن هذه الصورة في معنى تعليق البيع بالشرط، وهو لا يجوز[٥].

٥- لو قال شخص لآخر: إذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بمائة، فقبل الآخر، لم يثبت البيع عند الدخول[٦]؛ لأنه تعليق البيع بالشرط وهو لا يجوز.

---

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٣/١٠.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ١/٢٢٩، المهذب للشيرازي ١/٢٧٣، ترتيب الفروق للبقوري ص ٨٦، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٣٧٩.

(٣) المهذب ١/٢٧٣.

(٤) كشاف القناع ٣/١٨٣، وانظر: شرح منتهى الإرادات ٢/١٦٥، معونة أولي النهى ٤/٩٢، مطالب أولي النهى ٣/٧٧.

(٥) انظر: المجموع للنووي ٩/٤٦٨.

(٦) انظر: فتح القدير ٧/١٧٣.

٦- لو قال شخص لآخر: إنْ أديت ثمن هذا الشيء فقد بعت منك، فالصحيح من مذهب الحنفية عدم الصحة[(١)]؛ لأنه تعليق للبيع، والبيع لا يعلق بالشرط.

استثناءات من الضابط :

١- نص الحنفية والحنابلة على صحة تعليق البيع بشرط رضا فلان إذا وقَّته بزمن معين، وهو ثلاثة أيام عند الحنفية، ونحو سبعة عند الحنابلة. وعلل الحنفية الجواز بأن هذا من قبيل اشتراط الخيار للأجنبي، وهو جائز في مذهبهم، قال في (جامع الفصولين): «ولو قال: بعته بكذا إنْ رضي فلان، جاز البيع والشرط جميعًا»[(٢)].

ووافقهم المالكية؛ حيث استثنى المالكية تعليق البيع على مشاورة فلان أو رضاه، فقالوا بجوازه، إلا أنهم لم يحددوا مدة الخيار بثلاثة أيام، حيث إنها تختلف عندهم بحسب المبيع، وما اعتاد الناس في شأنه[(٣)].

٢- واستثنى الشافعية من الضابط صورًا، فقد جاء في (الأشباه والنظائر) للسيوطي ما نصه: «ضابط: لا يقبل البيع التعليق إلا في صور: الأولى: بعتك إن شئت، الثانية: إن كان ملكي، فقد بعتكه، ومنها اختلاف الوكيل والموكل فيقول: إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتكها بها. الثالثة: البيع الضمني: كأعتق عبدك عني على مائة إذا جاء رأس الشهر»[(٤)].

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٤/ ٤١.

(٢) جامع الفصولين ٢/ ٣، وانظر: البحر الرائق ٦/ ١٩٥، تبيين الحقائق ٤/ ١٣١، رد المحتار ٤/ ٢٢٣، مطالب أولي النهى ٣/ ٧٣.

(٣) الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه ٣/ ١٣٤.

(٤) الأشباه والنظائر ص ٣٧٧.

٣- واستثنى الحنابلة أيضًا بيع العربون، فقال في (مطالب أولي النهى): «ويتجه صحة هذا الاشتراط في بيع العربون وإجارته إن قيد المتعاقدان ذلك بزمن معيّن، كـ(إلى شهر من الآن)، وفات ذلك الزمن»[1].

أ.د. نزيه حماد

* * *

(١) مطالب أولي النهى ٣/٧٣.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٤٠

نص الضابط: البَيْعُ المَوْقُوفُ يَتِمُّ بِهِ المِلْكُ عِنْدَ الإجَازَةِ مِن وَقْتِ السَّبَبِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- البيع الموقوف يفيد الحكم على سبيل التوقف[٢].

٢- البيع إنما يصير مؤثرًا من الأصل بالإجازة[٣].

٣- البيع الموقوف بالإجازة يستند إلى وقت البيع[٤].

٤- البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة[٥].

٥- البيع الموقوف إذا تم أوجب الملك للمشتري من وقت العقد[٦].

٦- البيع الذي يتعلق به حق آخَر ينعقد موقوفًا على إجازة ذلك الآخَر[٧].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٠/١٠٢.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٤.

(٣) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٣/١٦١.

(٤) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٤/٦.

(٥) درر الحكام لعلي حيدر ١/٤٠١- ٤٠٢.

(٦) المبسوط ١١/٦٥.

(٧) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٣٣٠ (المادة ٣٦٨).

صيغ ذات علاقة :

١- العقد الموقوف إذا اتصلت به الإجازة تستند الإجازة إلى وقت العقد[١]. (أعم).

٢- المترقبات هل يعتبر الحكم بها يوم ثبوت سببها أو يوم حصولها؟[٢]. (أعم).

٣- الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء[٣]. (معللة).

٤- الأسباب الشرعية لا تكون خالية عن الحكم ولكن لا يشترط اتصال الحكم بالسبب[٤]. (معللة).

٥- الإجازة إنما تلحق البيع الموقوف دون المنتقض[٥]. (قيد).

٦- البيع بعدما بطل لا تلحقه الإجازة[٦]. (قيد).

٧- الإجازة إنما تلحق القائم دون الهالك[٧]. (قيد).

شرح الضابط :

(البيع) موضوع لمعنى معقول في اللغة، وهو تمليك المال بمال بإيجاب وقبول عن تراض من العاقدين[٨]، والبيع على أربعة أوجه: جائز، وفاسد،

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٣٧.

(٢) النوازل الصغرى للوزاني ٣/٥٣٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط ١١/٦٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة».

(٤) المبسوط ٣٠/١٣٠.

(٥) المبسوط ٢٥/٧٣ وبألفاظ أخر نحو: «بعدما تقرر المفسد لا ينقلب العقد صحيحًا» المبسوط ٢٤/٩٤، «الإجازة تلحق الموقوف» المبسوط ٢٤/٩٤، «الباطل لا تلحقه الإجازة» حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٨، ٥/٨٩.

(٦) المبسوط ١١/٦٥، وانظر قاعدة: «الإجازة لا تلحق العقود الباطلة» في قسم القواعد الفقهية.

(٧) بدائع الصنائع ٥/١٥٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «الإجازة لا تلحق المعدوم».

(٨) أحكام القرآن للجصاص ١/٦٤٠- ٦٤١.

وباطل[١]، وموقوف، فالجائز يوقع الملك بمجرد العقد إذا خلا عن شرط الخيار، والفاسد لا يوقع الملك بمجرد العقد، بل بما يتصل به من القبض الصحيح، والباطل لا يوقعه وإن حصل القبض، والموقوف وهو ما تعلق به حق الغير، هل يفيد الملك أم لا[٢]؟ هذا هو موضوع الضابط الذي بين أيدينا .

و(الإجازة) تطلق لغة ويراد بها عدة معانٍ، منها: الإمضاء والإنفاذ[٣]، ولقد استعملها الفقهاء بمعنى: إثبات صفة النفاذ في التصرفات الموقوفة[٤]، والفرق بين الإذن و الإجازة: أن الإذن هو الترخيص في الفعل قبل وقوعه، والإجازة هي إقرار للفعل بعد وقوعه[٥]، والمراد بـ(الاستناد) الذي اشتملت عليه بعض صيغ الضابط: هو أن يثبت الحكم في الحال ثم يستند إلى وقت وجود السبب[٦]، وهذا ما يسمى في الاصطلاح المعاصر بالتأثير الرجعي للتصرف[٧]، ولقد عبر عنه بعض الفقهاء بالانعطاف أو الظهور والانكشاف أو التبيُّن[٨]، والكل بمعنى واحد وهو ظهور حكم العقد وانجلاؤه واستقراره بالإجازة من المالك .

---

(١) يجدر التنبيه إلى: أن هذه التفرقة بين الفاسد والباطل هي للحنفية؛ إذ الفاسد عند الحنفية يغاير الباطل، فالباطل عندهم: هو ما لم يشرع بأصله ولا وصفه، والفاسد: هو ما شرع بأصله دون وصفه، أمَّا عند غير الحنفية فالباطل والفاسد مترادفان بمنزلة واحدة في الحكم، فكل فاسد باطل والعكس صحيح، فلا مرتبة عندهم بين الباطل والصحيح انظر: الفصول في الأصول للجصاص ١٨٣/٢، البحر المحيط للزركشي ٢٥/٢.

(٢) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي ٢٠٠/١.

(٣) انظر: القاموس المحيط للآبادي ص ٦٥١، تاج العروس للزبيدي ٧٧/١٥.

(٤) كتاب الكليات للكفوي ص ٥١.

(٥) انظر: المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص ٧٧.

(٦) حاشية ابن عابدين ٦٨٩/٣.

(٧) انظر: مصادر الحق للسنهوري ١٩٢/٤.

(٨) انظر: البحر الرائق ٢٠٣/٣ حاشية ابن عابدين ٧٣٨/٦، غمز عيون البصائر للحموي ٣٤٨/٣، نهاية المحتاج للرملي ٤٠٥/٣، ٤٢١/٧، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٢٤٧/٢، التاج المذهب للعنسي ١٧٨/٢.

وهذا الضابط بيان لحكم البيوع الموقوفة لأجل حق ما، كحق الملك، أو حق الولاية، أو حق الاستفادة والائتمان، هل تنعقد بإجازة من له الحق مفيدة للملك من وقت انعقاد العقد، أو من وقت الإجازة؟ للفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، وقول الشافعي في القديم، وأحد الوجهين في الجديد كما هو محكيٌّ عنه، ومقابل الصحيح في مذهب الحنابلة، وقطع به القاضي واختاره ابن تيمية و ابن القيم، وأكثر الزيدية، والإمامية، وبعض الإباضية، أن عقد البيع الموقوف إذا أجيز ممن له حق الإجازة، فإنه يفيد أثره فيما يتعلق بإيجاب الملك وعلائقه، كزوائده ونحوها من وقت انعقاد البيع لا من وقت الإجازة[1]، فالإجازة التي تلحق عقد البيع الموقوف إنما تكشف عن أحكام موجودة وآثار ثابتة من حين وقوع العقد، لا منشئة لها من حينها[2]، فهي ترد على عقد موجود مهدد بالزوال إذا لحقته استقر[3]، وهذا الرأي هو المعبر عنه بالصيغ المذكورة.

وهذا الضابط مقيد في إعماله لدى أصحاب هذا القول بالعقد الصحيح حتى ترد عليه الإجازة؛ لأن الإجازة إنما يكون لها تأثير في العقد الصحيح، وعليه فالبيع بعدما بطل لا تلحقه الإجازة[4]، وأن يكون للعقد مُجِيز حال وقوع

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٠٢/١٠، بدائع الصنائع ٢٣٧/٢، الجوهرة النيرة للعبادي ٢٠٠/١، درر الحكام لعلي حيدر٤٠١/١، التاج والإكليل للمواق ٣٥/٦، مواهب الجليل للحطاب٢٧١/٤، الفواكه الدواني للنفراوي ١٣١/٢، حاشية العدوي ٢١٩/٢، المجموع للنووي ٣١٢/٩، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣٦٦/٣، الإنصاف للمرداوي ٢٨٣/٤- ٢٨٤، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٥٧٧/٢٠، ٦٤/٣٠، إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٥٤/٢ القواعد لابن رجب ص ٢٦٥ قاعدة رقم ١١٦، البحر الزخار لابن المرتضى ١٣١/٤- ١٣٢، نيل الأوطار للشوكاني٣٢٤/٥، الروضة البهية للعاملي ٢٢٦/٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٢٣٢/٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٦٤/٥، التاج المذهب ١٧٨/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٦٤/٥، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣٨٣/٥، الفروع لابن مفلح ٣٦/٤، الإنصاف للمرداوي ٢٠٢/٧.

(٤) المبسوط ٦٥/١١.

العقد وصدور التصرف، والمجيز هنا هو من توافرت فيه شروط الأهلية لأن يوكل غيره، فإن لم يكن له مجيز فلا يتوقف، و اعتبر باطلا؛ لأن فائدة التوقف النفاذ عند الإجازة[١].

القول الثاني: يرى أنه يشترط لانعقاد البيع الملك والولاية، وعليه إذا صدر البيع من غير المالك، أو ممن لا ولاية له يكون باطلا رأسًا لا حكم له، وإذا أتت الإجازة من المالك أو الولي، فالحقيقة أنه يكون عقدًا جديدًا يفيد حكمه من وقت الإجازة، وبهذا قال الشافعي في مذهبه الجديد، والصحيح في مذهب الحنابلة، وأهل الظاهر، والناصر من الزيدية، وبعض الإباضية[٢]، وحجتهم: أن هذا البيع بمنزلة بيع ما ليس عند الإنسان، أو بيع ما لا يقدر على تسليمه؛ لكونه لا يملك تسليم ما تعلق به حق الغير تسليمًا صحيحًا، وكلاهما باطل؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عند العاقد، المدلول عليه بحديث حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيعه منه ثم أبيعه من السوق؟ فقال: «لا تبع ما ليس عندك»[٣]، ولمنافاته مقتضى العقد، وهو نقل الملك فور التعاقد[٤].

وهذا الضابط باعتبار الخلاف المذكور، معمول بمقتضاه لدى الفقهاء، حاضر لديهم فيما أوردوه من تطبيقات تتعلق بالبيوع الواردة على الأعيان من

---

(١) انظر: أصول الإمام الكرخي ص ١١٥.

(٢) انظر: المجموع ٣١٢/٩، أسنى المطالب ١٠/٢- ١١، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٠١/٢- ٢٠٢، تحفة المحتاج ٣٦٦/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٥، الإنصاف للمرداوي ٢٨٣/٤- ٢٨٤، القواعد لابن رجب ص ٢٦٥ قاعدة رقم ١١٦، المحلى لابن حزم ٣٥١/٧، نيل الأوطار ٣٢٤/٥، شرح النيل وشفاء العليل ٢٣٢/٨.

(٣) رواه أحمد ٣١/٢٤ (١٥٣١٥)، وأبو داود ١٨١/٤-١٨٢ (٣٤٩٧)، والترمذي ٥٣٤/٣-٥٣٧ (١٢٣٢) (١٢٣٣)، والنسائي ٢٨٩/٧ (٤٦١٣)، وابن ماجه ٧٣٧/٢ (٢١٨٧) من حديث حكيم بن حزام، رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٤) انظر: المجموع للنووي ٣١٧/٩- ٣١٨.

قبل الغير، أو من قبل المالك؛ حيث تعلقت بالأعيان حقوق أخرى على سبيل الاستيثاق، أو الانتفاع، أو الائتمان، أو النظر[١].

أدلة الضابط:

١- عموم قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[البقرة: ٢٧٥]، وقوله عز شأنه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ففي هاتين الآيتين: أن الله سبحانه وتعالى شرع البيع والشراء والتجارة من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة، وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده[٢].

٢- حديث عروة البارقي، رضي الله عنه: أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه[٣]، فالنبي ﷺ أجاز بيع عروة مع أنه لم يأمره بشراء الثانية وبيعها، ولو كان باطلا لا تؤثر فيه الإجازة بالصحة لرده وأنكر عليه، وكل ذلك لم يحصل؛ فدلَّ على أن الإجازة إذا لحقت البيوع الموقوفة أوجبت أحكامها من وقت انعقادها[٤].

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٤٠١- ٤٠٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٤٨- ١٤٩.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٤/٢٠٧ (٣٦٤٢).

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٤/١٠٤، المجموع للنووي ٩/٣١٧.

٣ – ما جاء في حديث الثلاثة أصحاب الغار الذين سدت صخرة الغار عليهم، فدعا كل واحد منهم بأفضل عمل عمله، فقال أحدهم: «اللهم إن كنت تعلم أني استأجرت أجيرًا بفرق من ذرة فأعطيته، وأبى ذاك أن يأخذ، فعمدت إلى ذلك الفرق فزرعته حتى اشتريت منه بقرًا وراعيها، ثم جاء فقال: يا عبد الله أعطني حقي، فقلت: انطلق إلى تلك البقر وراعيها، فإنها لك، فقال: أتستهزئ بي؟ قال: فقلت: ما أستهزئ بك، ولكنها لك، اللهم إن كنت تعلم أني فعلت ذلك ابتغاء وجهك فافرج عنا؛ فكشف عنهم»[1]، فالرجل تصرف في مال الأجير بما فيه مصلحته، بغير إذنه، وأقره الرسول ﷺ على ذلك؛ إذ ساق خبره مساق المدح والثناء عليه، وقد ترجم عليه البخاري باب (إذا اشترى شيئًا لغيره بغير إذنه فرضي)، قال الحافظ ابن حجر: «هذه الترجمة معقودة لبيع الفضولي، وقد مال البخاري فيها إلى الجواز»[2]؛ فدلَّ ذلك على أن الإجازة الواردة على البيوع الموقوفة تفيد الملك[3].

٤- أن ركن التصرف في هذا البيع، وهو الإيجاب والقبول، صدر من أهله مضافًا إلى محله، فوجب أن يرتب حكمه، ولا ضرر في انعقاده موقوفًا؛ لأن الأهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقومًا، وقد وجدا، وليس من ضرر على المالك؛ فحقه مصون بانعقاد البيع موقوفًا على إجازته وتخييره بحسب ما يرى فيه مصلحة له، وفي ذلك

---

(١) رواه البخاري ٣/ ٨٠ (٢٢١٥) وفي مواضع، ومسلم ٤/ ٢٠٩٩-٢١٠٠(٢٧٣٤)من حديث عبدالله بن عمر، رضي الله عنهما.

(٢) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٤/ ٤٠٩.

(٣) انظر: المجموع ٩/ ٣١٧.

أيضًا نفع للمتعاقدين؛ لصون كلامهما عن الإلغاء؛ فتثبت القدرة الشرعية؛ إحرازًا لهذه المنافع[١].

٥- أن هذا البيع عقد له مجيز حال وقوعه؛ فجاز أن يقف على الإجازة كالوصية بأكثر من الثلث، تكون موقوفة على إجازة الورثة، وكالبيع بشرط خيار ثلاثة أيام يجوز بالاتفاق، وهو بيع موقوف على الإجازه، ولأن إذن المالك لو كان شرطًا في انعقاد البيع لم يجز أن يتقدم على البيع؛ لأن ما كان شرطًا للبيع لا يجوز تقدمه عليه، فلما جاز في البيع تقدم إذنه عليه؛ دلَّ على أنه ليس بشرط في صحة انعقاده، وإنما يكون شرطًا في تمام حكمه واستقراره[٢]؛ فتكون الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، بجامع حصول الرضا من صاحب الحق في الصورتين[٣].

تطبيقات الضابط :

١- إذا أجيز عقد البيع الموقوف ممن يملك الإجازة، وكانت العين المبيعة مما يجب فيها الزكاة لبلوغ النصاب، ويشترط لها الحول، فإن الحول يحسب لها من وقت العقد لا من وقت الإجازة؛ لأن البيع الموقوف بالإجازة يفيد الملك من وقت العقد[٤].

٢- إذا باع شخص ملك غيره، فإن البيع ينعقد موقوفًا حكمه على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ البيع من وقت انعقاده؛ جريًا على مقتضى

---

(١) انظر: العناية للبابرتي ٢٣٥/٩، تبيين الحقائق ١٠٤/٤، درر الحكام لعلي حيدر ٢٥٦/٢.

(٢) المجموع ٣١٧/٩.

(٣) انظر: المبسوط ٨٠/١٢.

(٤) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ١٩٤/٤.

الضابط، وهو أن البيع الموقوف يوجب حكمه من وقت انعقاد العقد متى لحقته الإجازة[١].

٣- لا ينفذ البيع من الصبي المميز غير المأذون؛ لأنه محجور التصرف إلا بإذن، ومع عدم الإذن يبقى العقد موقوفًا على إجازة المتولي له، فإن أجازه استند حكمه من وقت انعقاده[٢]؛ لأن البيع الموقوف منعقد ويتأخر موجَبُه إلى وقت إجازته من المجيز.

٤- يقع بيع المحجور عليه لحق الغرماء في ماله صحيحًا غير نافذ، فإن أجازه الغرماء أو أبرؤوه، انسحب حكم البيع إلى وقت انعقاده؛ لأن البيع الموقوف بالإجازة يفيد الملك من وقت العقد[٣].

٥- بيع المرهون في يد المرتهن من قبل الراهن يقع موقوفًا على إجازة المرتهن؛ لما للمرتهن على العين من حق الاستيثاق، فإن أجازه انعطفت آثار البيع من وقت الانعقاد؛ لأن البيع الموقوف بالإجازة يتم من وقت العقد[٤].

٦- إذا باع المالك العين المستأجرة فإن البيع ينعقد موقوفًا على إجازة المستأجر؛ لما له عليه من حق الانتفاع بمقتضى عقد صحيح وهو الإجارة، فإن أجازه انعطف حكم البيع وأثره إلى وقت انعقاده؛ لأن

---

(١) انظر: المبسوط ١٤/٨، بدائع الصنائع ٢٠٨/٤، الفواكه الدواني ١٣١/٢، التاج والإكليل ٧٤/٦، أسنى المطالب ١٠/٢- ١١، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٩/٢، البحر الزخار ١٣١/٤، الروضة البهية ٢٢٦/٣، شرح النيل ٢٣٢/٨.

(٢) انظر: التاج المذهب لأحكام المذهب ٣٣٣/٣، زواهر الجواهر للتمرتاشي الابن ١٥٤/١/أ.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٢١٧/٥، التاج المذهب لأحكام المذهب: ٣٣٣/٣.

(٤) انظر: تبيين الحقائق١٠٦/٤، الجوهرة النيرة٢٣٣/١، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣٣٠/٢، التاج المذهب لأحكام المذهب ٤٨٤/٣.

العقد الموقوف بالإجازة يوجب حكمه من وقت الانعقاد[١].

٧- بيع ما في مزارعة الغير موقوف على إجازة المزارع؛ لما له على المعقود عليه من حق الانتفاع، فإن أجاز البيع انسحب أثره إلى وقت انعقاده؛ لأن البيع الموقوف بالإجازة يفيد الملك من وقت انعقاده[٢].

٨- إذا اشترى إنسان لآخر فرسًا بدون أمر منه بالشراء، وأضاف الشراء لذلك الآخر؛ يكون ذلك الشراء موقوفًا على إجازة ذلك الشخص المضاف إليه الشراء؛ لأن البيع الموقوف يوجب الملك من وقت الإنعقاد بإجازة المجيز[٣].

٩- زوائد البيع الموقوف متصلة كانت أو منفصلة تكون للمشتري إذا تمَّ البيع بالإجازة؛ لأن البيع الموقوف بالإجازة تنصرف آثاره من وقت انعقاده[٤].

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٧، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٣٣٠، المغني ٥/٢٧٤.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٣٣٠.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٣٣١.

(٤) انظر: المبسوط ١١/٦٧، تبيين الحقائق ٣/٢٨٦، كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ١/٢٨٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٤١

نص الضابط: البَيْعُ الفَاسِدُ لَهُ حُكْمُ الصَّحِيحِ فِي الضَّمَانِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- المبيع بيعًا فاسدًا مضمون بقيمته[(٢)].

٢- كل من باع بيعًا فاسدًا فهو مضمون على المشتري، والثمن مضمون على البائع[(٣)].

٣- الفاسد من البيع معتبر بالجائز في الأحكام[(٤)].

صيغ ذات علاقة:

١- فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه[(٥)]. (أعم).

٢- المشترَى بعقد فاسد إذا فُسخ يجب رده بعينه إن كان باقيًا، ورد مثله

---

(١) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ق ١ ص ١٤٠، مختصر قواعد العلائي ١/٣١٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٩/٤٧٤.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم ٧/٦٣.

(٤) المبسوط للسرخسي ١١/١٨٤.

(٥) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٣٠٧، وبلفظ آخر: «كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده، وما لا فكذلك» الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

أو قيمته إن عدم المثل أو كان قيميًّا[١]. (أعم).

٣- كل بيع فاته شرط من شروط الصحة فهو فاسد[٢]. (بيان).

٤- المقبوض بالبيع الفاسد مضمون بالمثل إن كان مثليًّا[٣]. (بيان).

٥- صحيح البيع مضمون بالثمن، وفاسده بالقيمة[٤]. (بيان).

شرح الضابط:

هذا الضابط يتعلق بموضوع الضمان في البيع الفاسد.

و(الفساد): ضد الصلاح، والبيع الفاسد في الاصطلاح: ما يكون مشروعًا أصلا لا وصفًا.

والمراد بـ(الأصل): الصيغة، و(العاقدان، والمعقود عليه وبالوصف): ما عدا ذلك[٥] الوصف مما يدخل في البيع بدون ذكر كالأشجار والبناء في الأرض والأطراف في الحيوان والجودة في الكيل والوزن[٦].

وهذا اصطلاح الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل.

فالبيع الفاسد عندهم مرتبة بين البيع الصحيح والبيع الباطل؛ ولهذا يفيد الحكم إذا اتصل به القبض، لكنه مطلوب التفاسخ شرعًا[٧].

---

(١) انظر: التاج المذهب للعنسي ٤/٩٨.

(٢) انظر: البدائع للكاساني ٥/٢٩٩.

(٣) حاشية الشلبي مع تبيين الحقائق ٤/٦٦.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٢/٣٣.

(٥) انظر: المصباح المنير ومجلة الأحكام العدلية م/١٠٥، ١٠٩، تبيين الحقائق ٤/٤٤، فتح القدير ٦/٤٣.

(٦) رد المحتار لابن عابدين ٤/٥٦٦.

(٧) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٤، حاشية ابن عابدين ٤/١٠٠، البدائع ٥/٢٩٩، فتح القدير لابن الهمام مع الهداية ٦/٤٢.

أما جمهور الفقهاء فالفاسد والباطل عندهم سيان، فكما أن البيع الباطل لا يفيد الحكم، فكذلك الفاسد لا أثر له عندهم[١].

وهذا في الجملة، إلا أن بعض الشافعية وافقوا الحنفية في الفرق بين الفاسد والباطل حيث قالوا: إن رجع الخلل إلى ركن العقد فالبيع باطل، وإن رجع إلى شرطه ففاسد[٢].

و(البيع الصحيح) هو: البيع المشروع بأصله ووصفه، ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا عن الموانع.

ومرادهم من مشروعية أصله كونه مالا متقومًا، لا جوازه وصحته؛ لأن فساده يمنع صحته، أو أطلقوا المشروعية عليه؛ نظرًا إلى أنه لو خلا عن الوصف لكان مشروعًا، فالبيع الصحيح يترتب عليه أثره، من حصول الملك والانتفاع بالمبيع وغير ذلك، ولا يحتاج إلى القبض[٣].

ويطلق (الضمان) في اللغة على معان منها:

الالتزام تقول: ضمنت المال، إذا التزمته.

ومنها: الكفالة.

ومنها: التغريم، تقول: ضمَّنته الشيء تضمينًا، إذا غرَّمته فالتزمه[٤].

أما الضمان في الاصطلاح فهو: رد مثل الهالك إن كان مثليًّا، أو قيمته إن كان قيميًّا[٥].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي لابن عرفة ٥٤/٣، الأشباه للسيوطي ص ٣١٢، المنثور للزركشي ٧/٣، القواعد والفوائد الأصولية ص ١١٠.

(٢) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٧١/٢.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٤٤/٤، حاشية ابن عابدين ١٠٠/٤، منح الجليل لعليش ٥٥١/٢، روضة الناظر لابن قدامة ص ٣١.

(٤) انظر: المصباح المنير للفيومي، القاموس المحيط للفيروز آبادي مادة: (ضمن).

(٥) انظر: غمز عيون البصائر للحموي، شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ٦/٤ ط دار الكتب العلمية - بيروت.

ومفاد الضابط: أن المتبايعَين إذا تبايعا بيعًا فاسدًا، فإنه يكون بقبض المشتري مضمونًا عليه ضمان يد أو غصب بحسب تكييف الفقهاء؛ لذلك - كما سيأتي بيانه لاحقًا - فإن فات كان من ضمانه، كما هو الحال في البيع الصحيح[(١)]، وهذا من أهم ما يقتضيه إعمال الضابط الذي بين أيدينا، وإن كان مسكوتًا عنه في صيغ الضابط المذكور.

ولكن يختلف البيع الفاسد عن البيع الصحيح في أن ضمان البيع الصحيح يكون بما اتُّفق عليه من الثمن، وأما ضمان البيع الفاسد فبالقيمة بالغة ما بلغت.

فالبيع الصحيح والفاسد مستويان في أصل الضمان لا في المقدار.

ضمان البيع الفاسد: كل بيع فاته شرط من شروط الصحة فهو فاسد[(٢)]، كأن كان في المبيع جهالة: كبيع شاة من قطيع، أو غرر: كبيع بقرة على أنها تحلب كذا في اليوم، أو كان منهيًّا عنه: كبيع الطعام قبل قبضه، وبيع العينة.

ومع الاتفاق على وجوب فسخه، وخبث الربح الناشئ عنه، فقد اختُلف في ضمان المبيع فيه بعد قبضه وملكه على النحو التالي:

١- مذهب الشافعية والحنابلة أنه، وإن كان لا يملك المبيع بالقبض، ولا ينفذ التصرف فيه ببيع ولا هبة، لكنه يضمن ضمان الغصب، وعليه مؤنة رده كالمغصوب، وإن نقص ضمن نقصانه، وزوائده مضمونة، وفي تعيبه أرش النقص، وفي تلفه وإتلافه الضمان.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤٧٤/٩، جواهر الإكليل للآبي ٢٧/٢، القوانين الفقهية ص ١٧٢، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ٩٣/٥ - ٩٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٣/٢، روضة الطالبين للنووي ٤٠٨/٣ وما بعدها، حاشية القليوبي ٢٧٦/٢، المغني ٥٦/٤، كشاف القناع للبهوتي ١٨٨/٣، المحلى لابن حزم ٦٣/٧، التاج المذهب للعنسي ٩٨/٤، شرح النيل لأطفيش ٣٧١/١٥، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ١٣١/٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٩٩/٥.

وعلله ابن قدامة بأنه مضمون بعقد فاسد؛ فلم يملكه، كالميتة، فكان مضمونًا في جملته، فأجزاؤه مضمونة أيضًا[١].

٢- ومذهب الحنفية أن البيع الفاسد يفيد الملك إذا اتصل به القبض، ولم يكن فيه خيار شرط؛ لصدور العقد من أهله ووقوعه في محله، لكنه ملك خبيث حرام[٢].

ويكون مضمونًا في يد المشتري، ويلزمه مثله إن كان مثليًّا، وقيمته إن كان قيميًّا، بعد هلاكه، أو تعذر رده[٣].

٣- ومذهب المالكية أن المشتري إذا قبض المبيع في البيع الفاسد دخل في ضمانه؛ لأنه لم يقبضه على جهة الأمانة، وإنما قبضه على جهة التمليك بحسب زعمه، وإن لم ينتقل إليه الملك بحسب الأمر نفسه[٤].

أدلة الضابط:

بعض القواعد الفقهية المفيدة لوجوب الضمان في العقود الفاسدة، ومنها: قاعدة: «فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه»[٥]، ودليلها؛ لأن الأصل ودليله دليل لما هو متفرع عنه.

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٤٠٨/٣ وما بعدها، حاشية القليوبي ٢٧٦/٢، المغني ٥٦/٤، كشاف القناع ١٨٨/٣.

(٢) انظر: الدر المختار ١٢٤/٤، الاختيار ٢٢/٢.

(٣) انظر: مجمع الضمانات لابن غانم ص ٢١٦، الهداية وشروحها ٤٥/٦، ٩٦، الدر المختار للحصكفي ١٢٥/٤.

(٤) انظر: كفاية الطالب وحاشية العدوي ١٤٨/٢، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٤٠/٢٨.

(٥) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٣٠٧/١.

تطبيقات الضابط :

١- إذا باع سيارة بعشرة آلاف ريـال من غير بيان لصفاتها؛ كان هذا البيع فاسدًا، لجهالة السيارة، فإن جاء البائع بسيارة وقبضها المشتري - مع فساد البيع- ثم تلفت في يده؛ فعليه قيمتها يوم قبضها، لا الثمن الذي سمياه[١].

٢- إذا كان للبائع أموال قيمية، فأشار إلى اثنين منها، وقال للمشتري: بعتك أحد هذين، ولم يجعل له اختيار أيهما شاء فالبيع فاسد، لجهالة المبيع، حتى لو قبض المشتري المالين فتلفا ضمن نصف قيمتهما كليهما؛ لأن أحدهما مضمون بقيمته والآخر وديعة في يد المشتري، ولأن كلاًّ منهما يجوز أن يعتبر وديعة أو مضمونًا، فالضمان واعتبار الإيداع شائعان فيهما، أي ساريان في كلا المالين؛ فينقسمان بينهما[٢].

٣- إذا بيع البطيخ على أن يكون حلوًا، والسمسم أو الزيتون على أن يكون حاويًا لمقدار معين من الزيت، وقطيع الغنم أو البقر أو غيرهما مما يباع للذبح على أن يخرج منه مقدار معين من اللحم، أو البقرة على أن يحلب منها مقدار معين من اللبن - فالبيع فاسد؛ لتعذر معرفة المقدار قبل العمل، والضمان على المشتري بالقبض[٣].

٤- لو باع شخص قطيع غنم على شرط أن يبقى له شاتان غير معينتين فالبيع فاسد؛ للجهالة في المبيع[٤]، ويثبت فيه الضمان بالقبض.

---

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٥/ ١٨٧.
(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ١٨٦.
(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ١٨٧.
(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ١٨٧.

٥- إذا باع رجل لآخر دارًا، وشرط في البيع استثناء غرفة غير معينة من الدار، وإخراجها من المبيع فالبيع فاسد[١]، ويثبت فيه الضمان بالقبض.

٦- إذا بيع مقدار من الأموال القيمية على أن عدده كذا، فظهر أن عدده أقل أو أكثر مما ذكر فالبيع فاسد[٢]، ويثبت فيه الضمان بالقبض.

٧- بيع الملامسة[٣]، والمنابذة[٤]، وإلقاء الحجر[٥] فاسد، وإن سمي الثمن؛ لجهالة المبيع، ويجب فيها الضمان[٦].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٨٧/١.
(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٨٧/١.
(٣) (بيع الملامسة): أن يلمس المشتري متاعًا من جملة أمتعة من غير تأمل، ويعد ما لمسه مبيعًا منه. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٨٧/١.
(٤) (بيع المنابذة): أن يرمي أحد المتعاقدين بالسلعة إلى الآخر من غير نظر إليها على أنه قد باعها منه والبيع لازم. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٨٧/١.
(٥) (بيع إلقاء الحجر): أن يرمي أحد العاقدين أمتعة الآخر بحجر، فما أصابه الحجر فقد وقع عليه البيع. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٨٧/١.
(٦) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٨٧/١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٤٢

نص الضابط: البَيْعُ الفَاسِدُ يَنْعَقِدُ مُوجِبًا لِلْمِلْكِ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ القَبْضُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- البيع الفاسد يُملك بالقبض بالإذن[٢].

٢- البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به[٣].

٣- الفاسد من البيع يُملك بالقبض[٤].

٤- الملك بالبيع الفاسد لا يحصل إلا بالقبض[٥].

٥- البيع الفاسد يثبت به الملك عند القبض بحكم العقد[٦].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣/٢٢- ٢٣.

(٢) البحر الزخار لأحمد المرتضى ٤/٥٠١، ٦٠٤.

(٣) طريقة الخلاف للإسمندي ١/٣٢٧، وبألفاظ أخر نحو: «البيع الفاسد يفيد الملك عند القبض» مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ١/٤٧٩، «البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض» انظر الاختيار للموصلي ٢/٢٢، إبراز الضمائر للأزميري ١/٦٦/أ، ٦٨/أ، «الفاسد في البيع يفيد الملك بالقبض» عمدة الناظر لأبي السعود ١/١٢٦/ب، «البيع الفاسد يفيد حكمًا عند القبض» درر الحكام لعلي حيدر ١/١٦١، «قبض المبيع في البيع الفاسد يفيد الملك» درر الحكام لعلي حيدر ٣/٤٤١.

(٤) تكملة البحر الرائق للطوري ٨/١٩.

(٥) المبسوط ٧/١١.

(٦) المبسوط ٧/٢١٢.

صيغ ذات علاقة:

١- العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم[١]. (أعم).

٢- الفاسد من العقود يفيد الملك عند تحقق القبض[٢]. (أعم).

٣- الفاسد من البيع معتبر بالجائز في الأحكام[٣]. (أعم).

٤- الملك الفاسد مضمون على القابض بالقبض لا بالعقد[٤]. (أعم).

٥- ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط الصحة ضرورة ولا عكس[٥]. (معللة).

٦- البيع الفاسد لا يفيد ملكًا[٦]. (مخالفة).

٧- البيع الفاسد معصية[٧]. (تكامل).

٨- البيع الفاسد بدون قبض لا يوجب شيئًا[٨]. (تكامل).

٩- البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع[٩]. (تكامل).

١٠- فسخ البيع الفاسد مستحق شرعًا[١٠]. (تكامل).

---

(١) المبسوط ٩/٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه».

(٢) نتائج الأفكار لقاضي زاده أفندي ٤٢٧/١٠، وانظر فتح القدير لابن الهمام ٤٥/٣، زواهر الجواهر للتمرتاشي الابن ١٤٩/١/ب، رمز الحقائق للعيني ١٧١/٢.

(٣) المبسوط ١٨٤/١١.

(٤) تكملة البحر للطوري ١٠٠/٨.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٥٧/٥.

(٦) الأشباه والنظائر لابن الملقن ١٩٤/٢، مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ٢٠٢/١ وانظر: أصول السرخسي ٨٣/١، وبلفظ آخر: «البيع الفاسد مفسوخ أبدًا» المحلى لابن حزم ٢٢١/٧.

(٧) بدائع الصنائع ١٩٩/٥.

(٨) المبسوط ١٧٣/١١.

(٩) بدائع الصنائع ١٤/٥.

(١٠) المبسوط ١٣٥/١٣، وانظر قاعدة: «العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله ولا يجوز تقريره» في قسم القواعد الفقهية.

شرح الضابط :

هذا الضابط بيان لحكم البيوع الفاسدة إذا وقعت، هل تفيد الملك أو لا؟ للفقهاء في ذلك قولان، حاصلهما على النحو التالي:

القول الأول: يرى أن البيع الفاسد، وهو الموجود على نوع من الخلل تتصل بأوصاف البيع، كعدم ذكر الثمن أو جهالته، لا بأصله كبيع الميتة والدم، لا يفيد حكمه في نقل الملك في العوض بنفسه، وإنما يحصل ذلك بحصول القبض بإذن المالك، سواء كان القبض حقيقة، بأن يستلم المشتري العين المبيعة من البائع أو وكيله، أو كان حكمًا، نحو أن تكون العين بيد المشتري بعقد سابق، كعارية أو وديعة أو إجارة، وسواء كان الإذن بالقبض صريحًا، أو حكمًا، نحو أن يسكت البائع وهو يرى المشتري يحوز العين المبيعة[1]، وهذا هو قول الحنفية[2]، ووافقهم المالكية في حالة ما إذا فات المبيع بعد القبض بأربعة أشياء هي: حوالة المبيع أي تغيره، وتلف العين، ونقصانها، وتعلق حق الغير بها، فالبيع الفاسد عندهم يفيد شبهة الملك[3]، وحكى صاحب الإنصاف في ذلك رواية عن الحنابلة[4]، ووافقهم الزيدية إلا في البيوع الربوية فهي عندهم لا تفيد الملك رأسًا على الصحيح من مذهبهم[5]، وهذا القول يعبر عن معنى الضابط.

القول الثاني: يرى أن البيع غير الصحيح لا يثبت حكمًا من أحكام البيع،

---

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٢٦١.

(٢) انظر: المبسوط ٧/١١، بدائع الصنائع ٦/٢٩.

(٣) انظر: المدونة لمالك ٣/١٨٧، مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٢٢، التاج والإكليل للمواق ٦/٢٥٦، شرح الخرشي ٥/٨٥، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٨٧، حاشية العدوي ٢/١٦١.

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي ٤/٤٧٣.

(٥) انظر: التاج المذهب للعنسي ٢/٤٥٦ وفيه: «يجوز عقده إلا ما كان من الفاسد مقتضى الربا، فحرام والدخول فيه باطل على الصحيح من المذهب».

سواء كان باطلا أو فاسدًا، فهو مفسوخ أبدًا، وسواء لحقه قبض أو لم يلحقه، والعين المبيعة من ضمان البائع قبل القبض له غنمها وعليه غرمها، وإذا قبضها المشتري تكون مضمونة عليه ضمان غصب، ولا حق له في منفعة من منافعها، وإذا أراد المتعاقدان إتمام الصفقة؛ فلا يجوز إلا أن يجددا بيعًا مستأنفًا، فلا أثر لإسقاط الفاسد بعد العقد؛ لأن المقصود من البيع ملك يترتب عليه الانتفاع، والبيع الفاسد لا يترتب عليه الانتفاع، و«كل عقد تقاعد عن مقصوده بطل من أصله»[1]؛ فالبيع الفاسد وجوده كعدمه، وهذا هو قول جمهور الفقهاء من المالكية خلا حالة فوات المبيع، والشافعية، والحنابلة في صحيح المذهب، والظاهرية، والزيدية فيما إذا كان الفساد بسبب الربا على الصحيح من مذهبهم، والإباضية، والإمامية[2].

وهذا الخلاف كما علمنا راجع إلى الخلاف القائم بين الحنفية وغيرهم في حقيقة الفاسد والباطل، وهو راجع أيضًا إلى الخلاف القائم بينهم في النهي عن العقود، هل يخرجها من أن تكون مشروعة أم لا[3]؟ ورأي الحنفية فيه مبني على القاعدة القاضية بأن: ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط الصحة ضرورة ولا عكس[4].

وبهذا الضابط تنجلي عدة أمور منها:

١- البيع الصحيح يفيد حكمه في الحال؛ بناء على أن الأثر يعقب

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٩٤- ٩٥.

(٢) انظر: المدونة لمالك ٣/١٨٧، مواهب الجليل ٤/٢٢٢، شرح الخرشي ٥/٨٥، كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٤٤، الفروع لابن مفلح ٤/٦٤، الأم للشافعي ٢/٢٦، ٥٧، المحلى ٧/٢٢١، التاج المذهب ٢/٤٥٦، شرائع الإسلام للحلي ٣/١٩٤ وفيه: «لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد» شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨/٥١٨.

(٣) انظر: المبسوط ١٣/٢٢- ٢٣.

(٤) بدائع الصنائع ٥/١٥٧.

المؤثر، أمَّا البيع الباطل بمعنى ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه، كبيع الميتة والدم، فهو بمنزلة العدم؛ فلا يتعلق به حكم الملك قبل القبض أو بعده، إلا بتجديده، وهذا القدر متفق عليه بين الفقهاء(١).

٢- البيع الفاسد مستحق الفسخ حقًّا للشرع رفعًا للفساد، وهذا يحصل بالتراضي أو بحكم القاضي، فكل واحد من العاقدين بسبيل من فسخ عقد البيع الفاسد، سواء قلنا: أن البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض أو لا يفيده بحال، وعلى هذا لا تجري الشفعة في البيع الفاسد ما لم يسقط حق استرداد المبيع بسبب ما، نحو أن يهلك المبيع، أو يتعلق به حق الغير؛ جريًا على قول الحنفية ومن وافقهم في البيوع الفاسدة، نحو أن يبيعه المشتري لآخر؛ فحينئذ ينتقل حق البائع إلى قيمة المبيع اعتبارًا بيوم القبض كالمغصوب(٢).

٣- إذا قلنا: إن البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض دون شيء آخر، فهذا مقيد بما إذا لم يكن في هذا البيع خيار شرط، أما إذا كان فيه خيار شرط، فإفادته للملك تحصل بعد القبض وبعد مرور مدة الخيار(٣)، قال السرخسي: «كل ما يمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعد القبض كخيار الشرط»(٤).

٤- البيع الفاسد دون الصحيح بل والموقوف، فهو لم يفد الملك قبل القبض؛ لأنه ضعيف قبل القبض كالهبة، فلا يثبت به ملك تام، ولا

---

(١) انظر: الفصول في الأصول للجصاص ١٨٢/٢، الأم للشافعي ٢٦/٢، البحر المحيط للزركشي ٢٥/٢.

(٢) انظر: المبسوط ١٣٥/١٣، بدائع الضائع ٢٨٩/٢، درر الأحكام لعلي حيدر ٢٦١/١.

(٣) انظر: درر الأحكام لعلي حيدر ٢٦١/١.

(٤) المبسوط ٢٣/١٣.

موقوف في المحل، إلا إذا حصل فيه قبض صحيح[١].

٥- مقتضى البيع الفاسد أن المبتاع يضمن قيمة المبيع بالقبض لا المسمَّى وهو الثمن؛ لأن القيمة هي الموجب الأصلي في البياعات؛ لأنها مثل المبيع في المالية، إلا أنه يعدل عنها إلى المسمى إذا صحت التسمية، فإذا لم تصح وجب المصير إلى الموجب الأصلي[٢]؛ وعليه فلو هلك في يده قبل أن يسترده البائع، فعلى المبتاع ضمانه بالمثل إن كان مثليًّا وبالقيمة إذا كان قيميًا، والعبرة في وقت الضمان بيوم القبض؛ لأنه بمنزلة الغصب، وقلنا: يضمنه بالقيمة لا بالثمن؛ لأن البيع الفاسد، جريًا على رأي جمهور الفقهاء، لا يثبت به حكم الملك، وعلى رأي الحنفية ومن وافقهم: يفيد حكم الملك لا حقيقة الملك، والذي يثبت به الثمن إنما هو حقيقة الملك[٣].

٦- البيع الفاسد معصية يحق على الشخص أن لا يفعله، سواء قلنا: إنه يفيد الملك بالقبض أو لا يفيد؛ لمباشرة الشخص تصرفًا نهى الشرع عنه، ونحن مأمورون بتجنب ما نهى الله عنه[٤].

وهذا الضابط باعتبار الخلاف المذكور معمول به لدى الفقهاء، حاضر لديهم فيما أوردوه من تطبيقات تتصل بالبيوع الفاسدة.

---

(١) انظر: المبسوط ١١/ ٦٤.

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ٣٠٤.

(٣) انظر: المبسوط ١١/ ١٧٣، المنتقى للباجي ٤/ ١٨٢.

(٤) انظر: المبسوط ١٤/ ٧، بدائع الصنائع ٥/ ١٩٩.

أدلة الضابط :

١- حديث عائشة - رضي الله عنها - لما ذكرت لرسول الله ﷺ أنها أرادت أن تشتري بريرة، فأبى مواليها أن يبيعوها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم، فقال لها: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق» ففعلت عائشة[1]، فالنبي ﷺ أجاز العتق مع فساد البيع بالشرط، والعتق إنما يكون بعد الملك[2].

٢- أن اسم البيع يتناول الصحيح والفاسد، وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، ولأن المقصود من البيع هو الوصول إلى العوض، وهذا يحصل بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض؛ فدلَّ ذلك على أن البيع الفاسد يفيد الملك بعد القبض[3].

٣- إنما صح البيع الفاسد؛ لأن معنى البيع حاصل فيه حقيقة وشرعًا؛ لوجود ركنه وهو الإيجاب والقبول، ولصدوره من أهله وحلوله في محلِّه، والعقد متى صدر من أهله في محلِّه كان صحيحًا فلا يلغوا، وإنما لم يفد حكمه عند انعقاد سببه؛ لأن قبل القبض ضعيف غير تام في حكم الملك كالهبة قبل القبض، فلا يثبت به ملك تام إلا بالقبض[4].

---

(١) رواه البخاري٣/٧١ (٢١٥٥)، ومسلم ٢/١١٤١-١١٤٢ (١٥٠٤) (٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) انظر: الفصول في الأصول للجصاص ٢/١٨٢، الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢/٢٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/٨٣.

(٤) انظر: المبسوط ٨/٩، ١١/٦٤، ٣٠/١٣٥، بدائع الصنائع ٥/١٦٣، الاختيار للموصلي ٢/٢٢.

تطبيقات الضابط :

١- إذا باع شخص لآخر مالا مما تجب فيه الزكاة بيعًا فاسدًا، ولم يقبضه المشتري، فإن الزكاة فيه تجب على البائع[١]، ما لم يخرج عن ملكه إلى ملك المشتري بالقبض؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك إلا بالقبض[٢]؛ جريًا على رأي القائلين بالضابط.

٢- لو حلف شخص إلا يبيع بيعًا، فلا يحنث إذا باع بيعًا فاسدًا[٣]، إلا إذا حصل قبض للمبيع عند الحنفية ومن وافقهم، فإنه يحنث بذلك؛ لأن البيع الفاسد يفيد حكم البيع عند القبض[٤].

٣- إذا تصرف المشتري في العين المبيعة بيعًا فاسدًا ببيع أو هبة فليس لواحد من المتعاقدين في العقد الأول فسخه؛ لأن المشتري الأول ملك المبيع بالقبض؛ فتنفذ فيه تصرفاته كلها، وينقطع به حق البائع في الاسترداد، وليس للبائع الأول إلا قيمة المبيع يوم القبض؛ لأن البيع يفيد حكمه الملك بالقبض[٥]، وهذا جارٍ على رأي القائلين بالضابط.

٤- إذا قال المشتري للبائع: اشتريت منك أحد هذين الثوبين بكذا من غير تعيين له، فهو شراء فاسد؛ وعليه فلا يملك المشتري واحدًا منهما قبل القبض؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض[٦].

---

(١) الأم ٢/٥٧ .

(٢) انظر: المبسوط ٣/٢٩.

(٣) انظر: المحلى ٦/٣٢٨.

(٤) انظر: المبسوط ٩/١٠.

(٥) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٦٤، حاشية ابن عابدين ٤/١٣٣.

(٦) انظر: بدائع الصنائع٥/٢٦٣، غمز عيون البصائر للحموي٢/٢٧٢، مجلة الأحكام العدلية (م ٣٧١).

٥- إذا اشترى شخص أرضًا شراء فاسدًا، ووقفها على الفقراء والمساكين بعد أن قبضها، فوقفه جائز، وللبائع قيمة المبيع يوم القبض؛ لأن البيع - جريًا على رأي القائلين به - يفيد الملك بالقبض[١].

٦- إن أخذ أحد المتفاوضين من رجل مالا على بيع فاسد، فاشترى وباع، كان البيع لهما والضمان عليهما للرجل[٢]؛ لأن البيع الفاسد بعد القبض يفيد الملك.

٧- إذا تبايع الرجلان وسكتا عن ذكر ثمن العين المبيعة، أو ذكرا ثمنًا مجهولا، فإن هذا البيع لا يفيد الملك للمشتري إلا بالقبض؛ جريًا على رأي القائلين بمعنى الضابط، وهو أن البيع الفاسد يفيد حكم الملك عند القبض[٣].

٨- إذا مات البائع بعد تسليم المبيع في بيع فاسد لا يملك وارثه فسخ العقد، ولا يبطل ملك المشتري به، وليس لوارث البائع إلا قيمة المبيع عند القبض؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض[٤].

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازه ٣١٢/٨.

(٢) انظر: المبسوط ١٨٤/١١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣٠٤/٥.

(٤) انظر: المبسوط ٩/٨.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٤٣

نص الضابط: إِذَا وُجِدَ مَا يُبْطِلُ عَقْدَ البَيْعِ بَطَلَ مَا يَتَرَتَّبُ عَلَيهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إذا انتقض البيع انتقض ما ثبت في ضمنه[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- إذا بطل البيع في بعض المبيع بطل في ثمنه[٣]. (أخص).

٢- إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه[٤]. (أعم).

٣- المبني على الفاسد فاسد[٥]. (أعم).

٤- ما يبطل العقد لا فرق فيه بين القصد وعدمه[٦]. (بيان).

---

(١) السيل الجرار للشوكاني ١٧٢/٣.
(٢) انظر: صنوان القضاء للأشفورقاني ٣٤٧/١.
(٣) الكافي في فقه ابن حنبل ٣٤٩/٢، وانظر: مغني المحتاج ٣١٨/٤.
(٤) غمز عيون البصائر للحموي ١٥٦/٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٥٤/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٥) غمز عيون البصائر ١٥٩/٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) شرح الزركشي ٤٢/٢ باب بيع الأصول والثمار.

شرح الضابط :

هذا الضابط له تعلق بالقاعدة الكلية: «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه»[١].

ومعنى هذه القاعدة أن الشيء الذي ثبت ضمنًا إذا بطل مُتضمنَّه لا يبقى له الحكم[٢].

مثاله: حق الشفعة في نصيب الشريك إذا باع حصته من غير شريكه، فإن الحق ثابت ضمنًا في ذلك المبيع للشريك، فإذا بطل البيع أو فسخ، بطل بموجبه حق الشفعة أيضًا؛ لأنه مترتب على عقد البيع صحة وفسادا.

كما أن له تعلقًا أيضًا بالقاعدة الأخرى وهي: «كل عقد انعقد على باطل فهو باطل»[٣].

ووجه هذه القاعدة أن العقد إذا لم تعقد له صحة إلا بصحة ما لا صحة له، فإنه يكون هو الآخر لا صحة له[٤].

وجمهور العلماء لا يفرقون بين البطلان والفساد.

وذهب الحنفية إلى التفريق بينهما.

وحاصل الفرق بين الفساد والبطلان عند الحنفية: أن الفاسد له وجود؛ لأنه فائت الوصف دون الأصل، أما الباطل فإنه لا وجود له أصلا[٥]، أو بعبارة أوضح فالباطل ما نهي عنه لذاته ووصفه كبيع الميتة والخنزير، والفاسد ما نهي عنه لوصفه فقط كالدرهم بالدرهمين، فإذا رد الدرهم الزائد صح البيع[٦].

---

(١) غمز عيون البصائر ٤/١٥٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٥٤.
(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٤٩.
(٣) المحلى لابن حزم ٦/٣٨٢.
(٤) انظر: المحلى ٦/٣٨٢.
(٥) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٤/٥٥٧.
(٦) انظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ٢/٢٤٦.

وخلاصة الضابط : أن عقد البيع إذا طرأ عليه ما يفسده من أصله، فإن كل ما يتعلق به من أحكام جزئية تفسد هي الأخرى تبعا لفساده.

أدلة الضابط :

١- دليل هذا الضابط هو القواعد المذكورة في الصيغ ذات العلاقة وفي الشرح: «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه»، «المبني على الفاسد فاسد»، «كل عقد انعقد على باطل فهو باطل».

٢- وقاعدة: «التابع تابع»[(١)].

تطبيقات الضابط :

١- إذا اشترى شخص من آخر اليمين الموجه عليه في المحاكمة لم يصح هذا البيع، وبطلت تلك اليمين تبعًا؛ لأنه لما كان هذا الشراء باطلا؛ فإسقاط اليمين الذي في ضمنه باطل أيضًا[(٢)].

٢- البيع الفاسد إذا شرط فيه رهن فدفعه المشتري ظانًّا أنه يلزمه الوفاء به وبالأولى إن لم يظن اللزوم؛ فإنه يكون الرهن فاسدًا ويسترده الراهن، وظاهر كلام ابن شاس وغيره: بطلان الرهن ولو فات المبيع، ولا يكون في عوض المبيع إذا فات من قيمة أو مثل، ووجهه أن الرهن مبني على البيع الفاسد، والمبني على الفاسد فاسد[(٣)].

٣- إذا باع أحد الشريكين حصته بيعًا فاسدًا فلا شفعة لشريكه فيها؛ لأن ذلك البيع مفسوخ شرعًا، فالشقص لم ينتقل عن ملك بائعه، فلو أخذ

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٧.

(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٥٥.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٢٤٤.

وقال الدسوقي: إن هذا القول خلاف المعتمد والمذهب أنه إذا فات المبيع يكون ذلك الرهن رهنا فيما يلزم المشتري من مثل أو قيمة حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١٤٠.

الشفيع من المشتري بالشفعة، وعلم بالفساد بعد أخذ الشفيع، فسخ بيع الشفعة والبيع الأول؛ لأن المبني على الفاسد فاسد[١].

٤- من الجهالة في الثمن أن يبيع شخص أرضًا ويشترطَ على نفسه للمشتري أن ما عليه من خراج هذه الأرض كذا درهمًا، وأتى به شرطًا غير صريح مخالفًا ما شرطه في نفس الأمر، فيفسد العقد؛ لجهالة الثمن، أو جهالة المبيع، وسواء خالف إلى أقل أو إلى أكثر، وإذا فسد العقد فسد الشرط أيضًا[٢]؛ جريًا على الضابط.

٥- لو اشترى شخص من آخر بضاعة شراء فاسدًا، ثم وكَّل البائع شخصًا آخر في قبض حقه من المشتري، فإن هذه الوكالة تصير باطلة؛ لبطلان عقد البيع[٣].

٦- لو حلف شخص ليبيعن دارًا أو غيرها، ثم باعها بيعًا فاسدًا فإن يمينه؛ لم تبرَّ بذلك حتى يبيعها بيعًا صحيحًا؛ لأن البيع لما بطل فإنه يبطل ما في ضمنه، وهو البِرُّ في اليمين[٤].

٧- إذا عقد شخص البيع على الخيار، وجعلت له مدة معلومة، جاز البيع، فإن زيد في المدة بعد ذلك فسد العقد في البيع، وإذا فسد البيع فسد الخيار أيضًا تبعًا له[٥]؛ لأن البيع لما بطل؛ فإنه يبطل ما في ضمنه.

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤٨٣، السيل الجرار ٣/١٧٢.

(٢) انظر: التاج المذهب للصنعاني ٢/٣٦٨.

(٣) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٢/١٥٩.

(٤) انظر: شرائع الإسلام ٢/١٣٨.

(٥) انظر: شرح النيل لأطفيش ٩/٢٥٩.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٤٤

نص الضابط: الجَائِحَةُ ثَابِتَةٌ فِيمَا يُشْتَرَى بِالنَّقْدِ وَبِالدَّيْنِ[١] .

صيغ أخرى للضابط :

١- جائحة المصاب معتبرة بالجملة[٢].

٢- الجوائح موضوع[٣].

٣- ما تهلكه الجائحة من الثمار: من ضمان البائع[٤].

صيغ ذات علاقة :

١- الجائحة: قبل بدوٌّ صلاح الثمر، ولا عاهة ولا جائحة بعد بدوٌّ صلاح الثمر[٥]. (بيان).

٢- لا توضع الجائحة، وتكون من مال المشتري[٦]. (صيغة مخالفة).

---

(١) الكافي لابن عبد البر ص ٣٣٥.

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٧٣٧.

(٣) التلقين للقاضي عبد الوهاب المالكي ص ٣٧٦، وكلمة (موضوع) هكذا وردت بصيغة التذكير.

(٤) المغني لابن قدامة ٤/٨٦.

(٥) المحلى ٧/٢٨٣.

(٦) مختصر خلافيات البيهقي ٣/٣١٣.

شرح الضابط :

موضوع هذا الضابط يتعلق بما اشتهر لدى الفقهاء بعنوان (وضع الجوائح).

وهو عنوان يقترن ذكره - في الغالب - بباب بيع الزروع والثمار.

و(الجائحة) في أصل اللغة: هي المصيبة والشدة -كالقحط ونحوه- التي تجتاح المال وتستأصله(١) ومنه حديث: «إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة»، فذكر منهم: «رجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلَّت له المسألة»(٢).

وفي اصطلاح الفقهاء: الآفة التي تصيب الثمر أو النبات، ولا دخل لآدمي فيها، قال الإمام الشافعي: جِماعُ الجَوائح: كل ما أذهب الثمر أو بعضها من أمرٍ سماويٍّ بغير جناية آدمي، ومنه يقال: سَنَةٌ جائحة جَدْبةٌ، والجمع: جوائح(٣).

وليس المراد بـ(الثمر): خصوص ما هو متعارف في معناه، بل يشمل كل ما ينبت، كالبطيخ والخيار والقرع والباذنجان إلخ(٤).

ويتضح من التعريف السابق للجائحة أنها تختص - لدى البعض - بأمر سماوي فقط، أي لا دخل فيها للآدمي، كالبرد والحر الشديدين، وريح السموم، والسيل، والصاعقة، والبَرَد والثلج يقع من السماء إذا عَظُم حجمه وكثُر ضرره، ومثل ذلك من الأمور.

ولكن البعض الآخر يطلق (الجائحة) على ما كان غير سماوي أيضًا، إذا

---

(١) انظر: مشارق الأنوار للقاضي عياض ١/١٦٤، مختار الصحاح للرازي ص ٤٩.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ٢/٧٢٢ (١٠٤٤) من حديث قبيصة ابن مخارق الهلالي رضي الله عنه.

(٣) انظر: المعجم الوسيط ١/١٤٥، المصباح المنير للفيومي ص١١٣، النهاية لابن الأثير ١/٣١٢، لسان العرب لابن منظور ٢/٤٣١، المغني لابن قدامة ٤/٨٦، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٣/٢٤١.

(٤) انظر: الشرح الصغير للدردير ٣/٢٤١.

انطبق عليه معنى (الجائحة): مثل اجتياح اللصوص أو العدو للمال[١].

ومن الألفاظ التي أُطلِقتْ بمعنى الجائحة:

(العاهة): كما في حديث عائشة، رضي الله عنها: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وتأمن من العاهة[٢].

وكذلك لفظ آخر وهو: (الآفة): كما في حديث ابن عمر: قال قال رسول الله ﷺ: «لا تبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه وتذهب عنه الآفة»[٣].

ومعنى الضابط: أن من اشترى ثمرًا أو زرعًا، فأصابته آفة سماوية قبل قطعه وحيازة المشتري له، فحينئذ يطالب البائع أن يراعي ذلك في حق المشتري، فيُسقِط عنه من ثمن الثمرة أو الزرع، بقدر ما أتلفت منه هذه الآفة، وسواء كان هذا الشراء وقع بالبيع النقدي، أو البيع بالآجل (وهو الذي تفيده كلمة «بالدَّين» في نص الضابط)، كما في بيع السَّلَم (وستأتي صورة له في التطبيقات)، ففي كل الأحوال يُراعَى ما أصاب المشتري من خسارة بسبب الجائحة، أي يُخصم عنه من إجمالي ثمن ما اشتراه بقدر ما تلف بالجائحة، ويدفع بعد ذلك صافي المتبقي من الثمن.

وموضوع الضابط محل اختلاف بين أهل العلم؛ وذلك لأن القدر المتفق عليه أن الجوائح تُوضع في حق المشتري إذا كانت إصابتها قبل قبض المشتري لما اشتراه من الثمر[٤]، والقبض هنا يتحقق بالتخلية كما يُعبِّر به الفقهاء، ومعنى

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور ٤٣١/٢، الإنصاف للمرداوي ٧٨/٥، البحر الرائق لابن نجيم ١١٧/٥.

(٢) مسند أحمد ٢٦٥/٤١، شرح النووي على صحيح مسلم ١٧٩/١٠، وانظر البحر الرائق لابن نجيم ٣٢٥/٥.

(٣) الدر المختار ١٩٠/٤، الهداية ١٥٨/٢، ٧٣/٣، ٥٥/٤.
والحديث اخرجه مسلم ١١٦٦/٣ (١٥٣٤ - ١٥٣٥).

(٤) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٠٨/٢، بدائع الصنائع ١٦٦/٥، ٢٣٨/٥- ٢٣٩، عقد الجواهر الثمينة ٧٣٥/٢ والكافي لابن عبد البر ص ٣٣٤، الإنصاف للمرداوي ٧٥/٥، منار السبيل=

(التخلية): أن يُخَلِّي البائع بين المشتري وبين السلعة، ويعطيه حرية التصرف فيها، بحيث إنه متى ما أراد أن يحوزها ويأخذها، فلا يكون هناك مانع من طرف البائع على ذلك.

ومعنى (وضع الجوائح) في هذه الصورة: أن الضمان هنا يقع على البائع، والخسارة تلحق به هو، أما المشتري فيسترجع من البائع ما دفعه من الثمن؛ لأن المشتري لم يقبض المبيع، بل بقي على البائع حق إيفائه وتسليمه للمشتري؛ فوجب أن يكون ضمانه على البائع؛ اعتباراً بما هو الأصل في سائر المبيعات التي بقي فيها حق التسليم[1].

أما إذا بيعت الثمرة بعد بدوِّ صلاحها، وسَلَّمها البائع للمشتري بالتخلية، ولكنها ما زالت على رأس الشجر بعد، ثم تلفت بالجائحة قبل أوان الجذاذ: فهذا محل الاختلاف بين أهل العلم[2]، وهو المقصود بهذا الضابط:

فذهب المالكية والحنابلة إلى القول بإطلاق وضع الجوائح، ولو بعد قبض المشتري[3]، وهذا ما يقرره مضمون الضابط، قال ابن قدامة: «وبهذا قال أكثر أهل المدينة، منهم يحيى بن سعيد الأنصاري، ومال وأبو عبي وجماعة من أهل الحدي وبه قال الشافعي في القديم»[4]، واختاره الشوكاني في بعض كتبه

= لابن ضويان ١/٣٠٥ ونيل الأوطار ٥/٢٨١، شرح التجريد في فقه الزيدية لأحمد بن الحسين الهاروني ٤/٦٢، السيل الجرار للشوكاني ٣/١٢٠، شرائع الإسلام للحلي ٢/٤٧.

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/١٣٩، ٢/١٤٠.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٣/١٠٠- ١٠١، نيل الأوطار ٥/٢٨١.

(٣) انظر: المغني ٢/٣٠٠، ٤/٨٦، بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٤٠، التلقين للقاضي عبد الوهاب المالكي ص ٣٧٦، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٧٣، الشرح الصغير للدردير ٣/٢٤١، شرح الخرشي ٥/١٥٩، منار السبيل لابن ضويان ١/٣١٩، الروض المربع للبهوتي ٢/١٣٣.

(٤) المغني ٤/٨٦، شرح النووي ١٠/٢١٦، مغني المحتاج للشربيني ٢/٩٢، المحلى ٧/٢٧٩، مختصر خلافيات البيهقي ٣/٣١٢.

في فقه الزيدية[١]، واختاره أيضًا بعض الإباضية[٢].

وعلى هذا الرأي: فما يصيب الثمار أو الزروع من الجائحة، ولو بعد قبض المشتري، فإن ضمان ذلك وخسارته يجب أن يتحمله البائع، وعليه أن يعيد للمشتري ما دفعه من الثمن بسبب ما أصاب الثمرة من الجائحة.

ثم إن ظاهر المذهب عند الحنابلة، والقول المحقق عند الإباضية: أنه لا فرق في وضع الجوائح بين أن تكون الجائحة أتلفت من الثمر قليله أو كثيره، ففي كل الأحوال: يُوضع ذلك عن المشتري[٣]، إلا أن الحنابلة قالوا: يُتسامح في إتلاف الشيء اليسير الذي لا ينضبط، فلا يُلتفت إليه، ولا يُخصم ثمنه عن المشتري؛ لأن التلف اليسير لا يكاد يمكن التحرز منه، فهو معلوم الوجود، فكأنه مشروط مُسبقًا بين البائع والمشتري[٤]، أما الإباضية فقالوا: «يُوضع (أي من الجائحة) بقدر المصاب ولو قَلَّ»[٥].

أما المالكية - وهي رواية أخرى عن الإمام أحمد، ومذهب الشافعي في القديم- فيشترط عندهم في وضع الجائحة: أن تكون قد بلغت مقدار الثلث فأكثر، أما إن كانت فيما دون الثلث فلا يُوضَع ثمنها عن المشتري، ولا يُراعى حقه فيها، بل يكون هو المتحمِّل للخسارة والتلف فيما دون الثلث[٦]، ووجه هذا التحديد بالثلث فأكثر: أن الثلث في حد الكثرة، وما دونه في حد القِلة بدليل قول النبي ﷺ: «الثلث، والثلث كثير»؛ فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة؛ فلهذا قدَّر به[٧].

---

(١) انظر: الأدلة الرضية للشوكاني ص ٢٠٩، الدراري المضيئة شرح الدرر البهية له ص ٢٩٧.
(٢) انظر: شرح النيل لأطفيش ٨/ ١١٠.
(٣) انظر: المغني ٤/ ٨٧، شرح النيل لأطفيش ٨/ ١١٠.
(٤) انظر: المغني ٤/ ٨٧، الإنصاف للمرداوي ٥/ ٧٤.
(٥) شرح النيل لأطفيش ٨/ ١١٠.
(٦) انظر: الشرح الصغير للدردير ٣/ ٢٤٢، المغني ٤/ ٨٧.
(٧) انظر: المغني ٤/ ٨٧.

أما أبو حنيفة والشافعي في الجديد فقالا بأن ما يصيب الثمر من الجائحة بعد قبض المشتري، هو من ضمان المشتري، وهو الذي يتحمل خسارته، لا البائع، واستدلوا بتشبيه هذا البيع بسائر البياعات، وأن التخلية في هذا المبيع لها حكم القبض، وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري[١].

وهو رأي الظاهرية، والزيدية، والإمامية، وأحد الأقوال عند الإباضية[٢].

لكن عدم مراعاة الجوائح -عند هذا الفريق- بعد أن حصل القبض، إنما يرجع إلى عدم الوجوب فقط، أي لا يجب على البائع شرعًا أن يضع عن المشتري الجائحة في هذه الصورة، أما الاستحباب والندب: فهم قائلون به، وهو المعنى الذي يحملون عليه أحاديث الأمر بوضع الجوائح، أي أنها أمر إرشاد وترغيب وحث على هذا السلوك الخيِّر الذي يُتقرَّب به إلى الباري جل وعلا[٣]، بدليل ما رواه مسلم عن أبى سعيد قال أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها؛ فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه»، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك»[٤]، فلم يُوجِب ﷺ على البائع منه للثمار، أن يرد الثمن الذى قبضه منه، وأيضًا فإن أمره ﷺ إياهم بالتصدق عليه، وأمر غرمائه بأخذ ما وجدوا، لا يدل على وجوب وضع الجائحة؛ إذ لو كانت تُوضع لم

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٦٦/٥، مغني المحتاج للشربيني ٩٢/٢، المحلى ٢٧١/٧-٢٧٢، المغني ٨٦/٤، بداية المجتهد لابن رشد ١٤٠/٢، شرح النووي ٢١٦/١٠، سبل السلام للصنعاني ٤٨/٣.

(٢) انظر: المحلى ٢٧١/٧- ٢٧٢، ٢٧٩/٧، شرح التجريد في فقه الزيدية ٦٢/٤، شرائع الإسلام للحلي ٤٧/٢، شرح النيل لأطفيش ١١٠/٨.

(٣) انظر: صحيح ابن حبان ٤٠٨/١١، ذكر البيان بأن وضع الجوائح من الخير الذي يتقرب به إلى الباري جل وعلا وأسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٠٨/٢، شرح النووي ٢١٦/١٠.

(٤) رواه مسلم ١١٩١/٣ (١٥٥٦).

يفتقر إلى أمره إياهم بهذا، فيكون الأمر بوضع الجوائح محمولا على الاستحباب[١].

وهناك تفاصيل وقيود ومحترزات أخرى لدى الفقهاء تتعلق بهذا الموضوع، وتُراعى في احتساب الجائحة أو عدم احتسابها، وسيأتي في التطبيقات ما يُبرز شيئًا من آثارها.

ومما تجدر الإشارة إليه: ما لهذا الضابط من صلة بموضوع معاصر وهو (الظروف الطارئة)، حيث إنها يمكن أن تُعدُّ قريبة في فكرتها بموضوع (الجوائح) من جهة أن هذه الظروف تحدث بأمر خارجٍ عن مقدرة الناس، مثل: الفيضانات والزلازل والحروب، ومثل: انهيار بنوك دولية، أو شركات عملاقة، أو أسواق ضخمة، ونحو ذلك من التقلبات التجارية التي تجاوز المعتاد المألوف، وتؤدي إلى خسائر ساحقة.

فإذا كان التاجر دخل في عقد بيع وشراء مع أحد، ثم حصلت مثل هذه الظروف الطارئة، فهل سيُلزَم بالبقاء على العقد على حاله مهما تكبد في ذلك من خسائر - خصوصًا إذا علمنا أن العقود التجارية التي تنشأ في أيامنا هي عقود ذات ميزانيات ضخمة تُحسب بالملايين، بل بالبلايين (كعقود التوريد والمقاولات مثلا)؟ أو أن هناك تدبيرًا استثنائيًّا يحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟

لقد نظر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في هذا الموضوع، وخرَّجه على نظائر فقهية، منها: (وضع الجوائح)، وقرَّر أن الظروف الطارئة تُراعى في الجملة بشروطها المذكورة في القرار[٢].

---

(١) شرح النووي لصحيح مسلم١٠/٢١٦- ٢١٧، بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٤٠، الاستذكار لابن عبد البر ٦/٣١٣، السيل الجرار للشوكاني ٣/١٢٢، نيل الأوطار ٥/٢٨١.

(٢) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي ص ١٠٤ الدورة الخامسة، القرار السابع بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية.

أدلة الضابط :

١- حديث جابر -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ: «أمر بوضع الجوائح»[١]، وعن جابر أيضًا - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «إنْ بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة؛ فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، لم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[٢].

قال ابن قدامة: «وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه»[٣].

٢- إن الثمرة أو الزرع قبل الجذاذ في حكم ما لا تثبت اليد عليه؛ إذ لم يتم قبض المشتري لها؛ فكان ما تلف منها من مال البائع[٤].

تطبيقات الضابط :

١- ما جرت العادة بتلف مثله بالجائحة كالشيء اليسير الذي لا ينضبط: لا يُلتفت إليه عند الحنابلة، وعليه فإذا تلف ما يزيد عن تلك العادة في التلف اليسير، وُضع من الثمن بقدر التالف، فإن تلف الجميع بطل العقد، ويرجع المشتري بجميع الثمن[٥].

وإن لم تتلف الثمار بالجائحة بل تعيَّبت فقط، مثلا: لو أن بعض القِنْوان من التمر صار حَشَفًا[٦]، فيُنقَص من ثمنها - عند المالكية - ثلث القيمة[٧]، وعند الحنابلة: ضمان نقصها على البائع مطلقًا، بدون

---

(١) رواه مسلم ٣/١١٩١ (١٥٥٤).
(٢) رواه مسلم ٣/١١٩٠ (١٥٥٣).
(٣) المغني ٤/٨٦.
(٤) المغني ٢/٣٠٠، ٤/٨٦.
(٥) المغني ٤/٨٧.
(٦) (الحشَف): أردأ التمر ومنه المثل المشهور: أحَشَفًا وسُوء كيلة؟! أي تجمع أن تُعطيني حَشَفًا وأن تُسيء لي الكيل ؟ لسان العرب لابن منظور ٩/٤٧، مختار الصحاح ص٢٤٤.
(٧) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٣/٢٤٤، الشرح الممتع لابن عثيمين ٩/٣٩.

تحديد الثلث كما سبق بيانه في الشرح؛ لأنه إذا ضمن الكل ضمن البعض، ولأن هذا التمر الذي صار حَشَفًا، وصار لا يأكله إلا البهائم، هو كالتالف في الواقع؛ فضمان النقص على البائع[١].

٢- لو اشترى ثمرة قبل بدوِّ صلاحها بشرط القطع، فأمكنه قطعها، فلم يقطعها حتى تلفت بجائحة، فهي من ضمان المشتري (أي لا يراعى هنا أيضًا أمر الجائحة)؛ لأن تلفها بتفريطه أما إن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها[٢].

وإن بلغت الثمرة أوان الجذاذ، يعني أنها استوت ونضجت وتناهى طِيبُها وبلغت الحد الذي تُجَذُّ فيه، فتوانى المشتري في جذِّها حتى أصابتها الجائحة، فلا تُوضع هنا الجائحة عن المشتري؛ لأنه مفرِّط بترك النقل في وقته مع قدرته؛ فكان الضمان عليه[٣]، أما لو أصابتها الجائحة أيام جذِّها على العادة فإنها تُوضع[٤].

٣- من باع حديقته، وشرط في عقد البيع أن الجائحة لا توضع عن المشتري، فالبيع جائز والشرط باطل، ولا يلتزم به المشتري[٥]؛ وعليه فلا يسقط عن البائع الضمان فيما لو أصيبت الثمرة المبيعة بجائحة، هذا إذا لم يكن الثمرة من النوع الذي يصاب بالجائحة عادة؛ فحينئذ يصح البيع في مثل هذه الحالة، ويلغو الشرط؛ لندرة الجائحة، فأما إذا كانت الثمرة من النوع الذي يصاب بالجائحة في

---

(١) انظر: الشرح الممتع لابن عثيمين ٩/٣٩.
(٢) المغني ٤/٨٧.
(٣) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٣/٢٤٦، المغني ٤/٨٧.
(٤) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٣/٢٤٦.
(٥) انظر: جواهر الإكليل للآبي ٢/٦٠، الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٣/٢٣٢.

الغالب، وفي مثله اشترط البائع هذا الشرط، فإن العقد يفسد من أصله لزيادة الغرر[1].

٤- لا يجوز السلم في ثمر قرية بعينها، أو قرية صغيرة، أو في مقدار محدد من بستان: لم يصح؛ لأنه قد ينقطع بجائحة ونحوها، فلا يحصل منه شيء، أما إذا أسلم في ثمر ناحية أو قرية عظيمة صحَّ؛ لأنه لا ينقطع غالبًا[2].

جاء عند المالكية: كل ثمرة تُسْقَى من بئر أو عين أو شِرْب، فنَضَب ذلك الماء أو غاض أو نقص، فأُجيحت الثمرة من أجل ذهاب الماء، فضمان ذلك كله قليله أو كثيره على البائع، ما لم يكن المصاب تافهًا لا بال له، ولا يُنظَر في ذلك إلى شرط الثُّلُث[3]، وإن أُجيحت هذه الثمرة بسبب غير الماء، رُوعي في جائحتها الثلث كسائر الثمار[4].

٥- جائحة البُقول: السِّلق والبصل والجزر والفجل والكراث وغيرها، تُوضع - عند المالكية - قليلُها وكثيرُها[5]، ففي المدونة: «أرأيتَ البقول والكرّاث والسِّلق، وما أشبه هذا، والجزر والبصل والفجل: إذا اشترى الرجل هذه الأشياء وما أشبهها فأصابتها جائحة أقل من الثلث، هل يوضع عن المشتري شيء أم لا؟ قال: قال مالك: أرى أن يوضع عن المشتري كل شيء أصابت الجائحة منها، قَلَّ ذلك أو كثُر،

(١) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٣/ ٢٣٢.

(٢) انظر: الإقناع للشربيني ٢/ ٢٩٣، مغني المحتاج ٢/ ١٠٨، الكافي لابن عبد البر ص ٣٣٨.

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ص ٣٣٤، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣/ ٢٤٥، مغني المحتاج ٢/ ٩٢.

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ص٣٣٤.

(٥) انظر: الشرح الصغير ٣/ ٢٤٥.

ولا يُنظر فيه إلى الثلث»[١]، وسواء أُجيحت هذه البقول بسبب عدم السقي أو بغيره من الجوائح[٢]، ويلحق بها: الزعفران والريحان والبرسيم والحشيش وورق التُّوت ونحوها[٣].

وإذا وُضع من الثمار أو البقول القدر المعفو منها بسبب الجائحة؛ لزم المشتري ما بقي بعد الجائحة وإن قَلَّ، وليس له فسخ البيع[٤].

٦- لو أن متعهدًا في عقد توريد مواد غذائية، إلى مستشفى أو جامعة أو دار ضيافة حكومية، اتفق عليها في كل صنف لمدة عام، فحدثت جائحة في البلاد، أو طوفان أو فيضان أو زلزال، أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية، فارتفعت الأسعار إلى ما لم يكن متوقعًا وقت العقد، وأصبح تنفيذ الالتزام العقدي يُلحِق بالملتزِم خسائر جسيمة غير معتادة بسبب تقلبات الأسعار في طرق التجارة، فإنه يحق للقاضي - عند تنازع الطرفين، وبناء على الطلب - تعديل الحقوق والالتزامات العقدية، بصورة تُوزِّع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين.

٧- كما يجوز للقاضي أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل، مع تعويض عادل للملتزَم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبُر له جانبًا معقولا من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد؛ بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزِم.

وهذا نظير ما ذكره بعض الفقهاء: من جواز فسخ الإجارة بالطوارئ

---

(١) المدونة ١٢/٣٢، وانظر الشرح الصغير ٣/٢٤٥.
(٢) انظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣/٢٤٥.
(٣) انظر: الشرح الصغير ٣/٢٤٥.
(٤) انظر: الشرح الصغير ٣/٢٤٥.

العامة التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة، كالحرب والطوفان، وكحدوث خوف عام يمنع من سكنى فندق مستأجَرٍ مثلا، أو حوصر البلد بعدو؛ فتعذر الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، أو قَلّ الزبائن بسبب وباء أو مرض مثلا، (كما حدث قريبًا حين انتشرت عدوى مرض حمّى الضنك، فمنعت عديد من الدول السماح لمواطنيها بالذهاب للحج والعمرة، وكان ذلك سببًا في خسائر باهظة لحقت بأصحاب الفنادق بالحرمين، والتي كان تم الاتفاق مسبقًا بينها وبين نزلائها من أهالي تلك الدول التي امتنعت)، ففي مثل كل تلك الحالات: صرح الفقهاء بإعطاء خيار الفسخ للمستأجر؛ لأنها أمور غالبة طارئة تمنع المستأجر من استيفاء المنفعة[1].

استثناءات من الضابط :

إذا اختلف البائع والمشتري في الجائحة، أو قدر ما أُتلف: فالقول قول البائع؛ لأن الأصل السلامة، ولأنه غارم والقول في الأصول قول الغارم[2].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

---

(١) انظر: نصوص الفقهاء في ذلك في بداية المجتهد ٢/١٧٤ (تحت عنوان: النظر في أحكام الطوارئ)، المغني لابن قدامة ٥/٢٦٤، فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٠/٣١١، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي ص ١٠٥- ١٠٧، قرارات الدورة الخامسة القرار السابع بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية.

(٢) المغني ٤/٨٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٤٥

نص الضابط: الاحْتِكَارُ يَجْرِي بِكُلِّ مَا يَضُرُّ بِالعَامَّةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- تحريم الاحتكار في كل شيء إذا أضر بالناس[٢].

٢- لا يجوز احتكار ما يضر بالناس[٣].

٣- يمنع من احتكار ما يضر بالناس[٤].

٤- ما كان احتكاره يضر بالناس منع محتكره من الحكرة[٥].

صيغ ذات علاقة:

- كل ما أضر بالسوق يمنع منه محتكره[٦]. (مكمل).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٢٩.

(٢) انظر: عارضة الأحوذي لابن العربي ٦/٢٣.

(٣) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١١/٤٣، الكافي لابن عبد البر ٢/٧٣٠.

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٢٧.

(٥) مواهب الجليل ٥/٢٢٧.

(٦) انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٣/٤٢٢.

شرح الضابط :

هذا الضابط يتعلق بموضوع الاحتكار، وهو مما يندرج تحت باب البيوع المنهي عنها.

و(الاحتكار): هو شراء السلعة للتجارة، وحبسها؛ لتقل في السوق؛ فتغلو ويرتفع سعرها على المشترين[١].

ومضمون الضابط: أن كل ما يعد من ضروريات الحياة في حق عامة الناس، سواء كان سلعة أو خدمة، إذا قام شخص بالسيطرة عليه، وحبسه عنهم وتخزينة بقصد إغلائه عليهم، جرت عليه أحكام الاحتكار من التأثيم والتعزير.

والحكمة من تحريم الاحتكار: ما فيه من الضرر والتضييق على الناس، ووقوعهم في الحرج والعنت؛ ولهذا يقول الإمام النووي: الحكمة في تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس[٢].

وهو ضابط متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية، وتنوعت أنظارهم في الأشياء التي يجري فيها الاحتكار على النحو التالي:

فذهب المالكية، والظاهرية، ومعهم أبو يوسف[٣]، إلى أن الاحتكار يجري في كل ما من شأنه إذا حبس أن يضر بالناس، وقد استدلوا على هذا ببعض الأحاديث التي ورد النهي فيها عن الاحتكار عامًّا، كقوله ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطئ»[٤].

(١) انظر: المعجم الوسيط لمجموعة من علماء مجمع اللغة العربية ١٩٦/١.

(٢) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ٤٣/١١.

(٣) انظر: عارضة الأحوذي ٢٣/٦، المحلى لابن حزم ٦٤/٩، البناية للعيني ٣٤٤/١١.

(٤) رواه مسلم ١٢٢٨/٣ (١٦٠٥)/(١٣٠) من حديث معمر بن أبي معمر العدوي رضي الله عنه.

بينما ذهب جمهور الفقهاء - من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، والإباضية [١]- إلى أن الاحتكار المنهي عنه يكون في أشياء مخصوصة يكثر فيها وقوع الضرر باحتكارها[٢]، واستدلوا على هذا ببعض الأحاديث التي ورد النهي فيها مقيدًا، كقوله ﷺ: «من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس»[٣].

ولا يخفى أن الأحاديث الواردة في منع الاحتكار وردت مطلقة ومقيدة بالطعام، وما كان من الأحاديث على هذا الأسلوب، فإنه عند الجمهور لا يقيد فيه المطلق بالمقيد؛ لعدم التعارض بينهما، بل يبقى المطلق على إطلاقه، وهذا يقتضي أنه يعمل بالمطلق في منع الاحتكار مطلقًا، ولا يقيد بطعام الآدميين وطعام البهائم، وكأن الجمهور خصوه بالقوتين نظرًا إلى الحكمة المناسبة للتحريم، وهي دفع الضرر عن عامة الناس، والأغلب في دفع الضرر عن العامة إنما يكون في القوتين، فقيدوا الإطلاق بالحكمة المناسبة[٤].

والمحتكر لا حق له في الاحتكار؛ لذلك فإن لولي الأمر الحق في أن يجبر المحتكر على بيع ما عنده بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه، كمن عنده طعام يحتاج إليه والناس في مَخْمَصَة[٥]، أو من عنده سلاح لا يحتاج إليه والناس

---

(١) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٤٢٢/٦، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٨/٢، كشاف القناع للبهوتي ١٨٨/٣، البحر الزخار لابن المرتضى ٣١٩/٤، الروضة البهية للعاملي ٢١٨/٣، شرح النيل لأطفيش ١٧٦/٨، ١٧٧.

(٢) اتفق جمهور الفقهاء على أن الاحتكار المنهي عنه يكون في أقوات الآدميين، وأضاف الحنفية والزيدية إليها أقوات البهائم، وأضاف محمد بن الحسن من الحنفية إلى أقوات الآدميين وأقوات البهائم الثياب.

(٣) رواه ورواه أحمد ٢٨٣/١-٢٨٤ (١٣٥)، وابن ماجه ٧٢٩/٢ (٢١٥٥)، وعبد بن حميد ٥٥/١-٥٦ (١٧)، والطيالسي ١١/١-١٢ (٥٥) وقال البوصيري في المصباح ١٦٤/٢ (٧٦٤-٢١٥٥): هذا إسناد صحيح، رجاله موثقون.

(٤) انظر: سبل السلام للصنعاني ٣٣/٢، ٣٤.

(٥) (المخمصة): المجاعة. انظر: المصباح المنير للفيومي ص١٨٢.

يحتاجون إليه للجهاد أو صد عدوان، أو من عنده دواء والناس في ضرورة إليه لعلاج أمراضهم[١]، فيحرم الاحتكار في جميع ما يتوقف على انتظام حياة المجتمع[٢].

ولا يقتصر الاحتكار على هذه الصور والمعاملات البسيطة التي كانت في السابق، بل امتد الاحتكار في العصر الحديث إلى ما هو أوسع وأشمل من هذا، وتعددت صوره وأشكاله، سواء على مستوى أصحاب رؤوس الأموال والنفوذ داخل إطار الدولة الواحدة، أو على مستوى الشركات العالمية واحتكارها لسوق التجارة والصناعة في العالم، أو حتى على مستوى الدول، فنرى أن هناك دولا كبرى تحتكر - بل وتسعى لاحتكار - موازيين القوى في العالم، من الأسلحة والأدوية وأقوات الناس الرئيسة التي لا تقوم لهم حياة بدونها.

أدلة الضابط:

١- عن معمر بن عبد الله العدوي أن النبي ﷺ قال: «لا يحتكر إلا خاطئ»[٣]، والخاطئ: الآثم[٤].

٢- عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ»[٥].

٣- عن معقل بن يسار قال: قال رسول الله ﷺ: «من دخل في شيء من

---

(١) انظر: المفصل لزيدان ١٧١/٤.

(٢) انظر: نظام الحكم لشمس الدين ٥٩٦/١.

(٣) سبق تخريجه آنفًا.

(٤) انظر: عارضة الأحوذي ٢٣/٦.

(٥) رواه أحمد ٢٦٥/١٤ (٨٦١٧) واللفظ له، ورواه الحاكم ١٢/٢ وقال الذهبي: (إبراهيم بن إسحاق) العسيلي كان يسرق الحديث، ورواه البيهقي في الكبرى ٣٠/٦ عزاه الهيثمي لأحمد، وقال: وفيه أبو معشر، وهو ضعيف، وقد وثق. مجمع الزوائد ١٠١/٤ (٦٤٧٧).

أسعار المسلمين ليغليه عليهم؛ كان حقًّا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة»[١].

٤- عن عمر بن الخطاب قال رسول الله ﷺ: «الجالب[٢] مرزوق، والمحتكر ملعون»[٣].

٥- عن عمر قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس»[٤].

٦- عن ابن عمر مرفوعا: «من احتكر طعامًا أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ منه»[٥].

٧- قاعدة دفع الضرر وأدلتها.

٨- قاعدة رفع الحرج وأدلتها.

تطبيقات الضابط :

١- يحرم احتكار قوت الآدمي وقوت البهيمة، كالقمح، والشعير،

---

(١) رواه أحمد ٣٣/٤٢٥-٤٢٦ (٢٠٣١٣) - واللفظ له، والطيالسي ١٢٥ (٩٢٨)، والطبراني في الكبير ٢٠/٢٠٩-٢١٠ (٤٧٩)-(٤٨١)، والطبراني في الأوسط ٩/٢٩٦ (٨٦٤٦)، والحاكم ٢/١٢-١٣، والبيهقي في الكبرى ٦/٣٠، وقال الهيثمي في المجمع ٤/١٠١: رواه أحمد والطبراني في الكبير والأوسط وفيه زيد بن مرة أبو المعلى، ولم أجد من ترجمه، وبقية رجاله رجال الصحيح.

(٢) (الجالب): هو عكس المحتكر، فهو الذي يجلب المتاع للبيع من بلد إلى آخر ويبيعه بسعر يومه. انظر: التيسير بشرح الجامع الصغير للمناوي ١/٩٩١.

(٣) رواه ابن ماجه ٢/٧٢٨ (٢١٥٣)، والدارمي ٢/١٦٥ (٢٥٤٧)، والحاكم ٢/١١ من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقال البوصيري في المصباح ٢/١٦٣ (٧٦٣-٢١٥٣): هذا إسناد ضعيف لضعف علي بن زيد بن جدعان. انتهى.

(٤) سبق تخريجه آنفًا.

(٥) أخرجه أحمد والحاكم.

والتين، والقَت[١][٢]؛ وذلك لما فيه من الإضرار بالناس.

٢- لا خلاف في جواز احتكار العُصْفُر[٣]، والكَتَّان[٤]، والحناء، وشبهها من السلع إذا لم يضر ذلك بالناس[٥]، أما إذا وقع الضرر بهم فهو محرم.

٣- لا يجوز احتكار أجهزة التبريد من المكيفات ونحوها في وقت اشتداد الحر؛ لأن هذا مما يضر بالناس.

٤- يحرم احتكار الأدوية، ووسائل المواصلات من سيارات وطائرات وغيرها، وكذلك احتكار الوقود من البنزين والغاز ونحوها، وكذا الأسلحة ووسائل البناء والأراضي وغيرها؛ لأن كل هذا مما يضر بالناس.

من التطبيقات المعاصرة:

مما شاع في زمننا وساعد على انتشار ظاهرة الاحتكار وجود شركات دولية ومحلية تتمثل في الترست[٦]، والكارتل[٧]، والشركات

---

(١) القت: الرطبة من علف الدواب حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٦/ ٤٢٢.

(٢) انظر: البناية شرح الهداية ١١/ ٣٤١، والسيل الجرار ٣/ ٨٠.

(٣) (العصفر): نبت معروف، في أرض العرب تصبغ به الثياب، فيقال: ثوب معصفر. انظر: المصباح المنير ص ٤١٢، لسان العرب لابن منظور ٤/ ٥٨١.

(٤) (الكَتَّان): معروف، وله بزر يعتصر ويستصبح به. انظر: المصباح المنير ص ٥٢٥.

(٥) انظر: فتح العلي المالك للشيخ عليش ١/ ٢٥١.

(٦) (ترست): لفظ إنكليزي (TRUST) وتعني: الاتفاق

وهو في اصطلاح الاقتصاديين: انصهار أو اندماج عدة شركات في شركة واحدة قابضة ذات إدارة واحدة. انظر: أصول الاقتصاد الإسلامي لرفيق يونس المصري ص ١٤٠

(٧) (كارتل): (cartel) وهو في اصطلاح الاقتصاديين: اتفاق أو تواطؤ بين عدة شركات أو مشروعات كبيرة كل منها ذا إدارة مستقلة – من أجل الحد من المنافسة أو إلغائها، فتتقاسم الإنتاج والأسواق، وتتفق على سياسة الأسعار، وتسيطر على الأسواق. انظر: أصول الاقتصاد الإسلامي لرفيق يونس المصري ص ١٤٠، منتدى التسيير والاقتصاد.

الاحتكارية المتعددة الجنسيات[1]، وكل هذا مما يحرم؛ لما فيه من الإضرار بالناس.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) وهي شركات عملاقة لأصحابها نفوذ اقتصادي ومالي وسياسي كبير. انظر: أصول الاقتصاد الإسلامي لرفيق يونس المصري ص ١٤٠.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٤٦

نص الضابط: التَّسْعِيرُ يَدُورُ مَعَ المَصْلَحَةِ حَيثُ دَارَتْ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير، سعَّر السلطان عليهم تسعير عدل[٢].

٢- لا يُسعَّر على أحد ماله إلا أن يتبين في ذلك ضرر داخل على العامة[٣].

---

(١) تكملة المجموع للمطيعي ٤٤/١٣.

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٣٨٣ وفي مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ١٠٥/٢٨ «إذا كانت حاجة الناس لا تندفع إلا بالتسعير العادل، سَعَّر (أي السلطان) عليهم تسعير عدل» وفي شرح النيل لأطفيش ٦٦٢/١٣: «يجوز لقاض أو جماعة أن يسعِّروا على قدر نظرهم، وما رأوه أصلح على الثمن أو على المثمن».

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ص ٣٦٠ وجاء في الهداية لابن عبد البر ٩٣/٤ ما معناه: (لا بأس بالتسعيـــر؛ صيانة لحقوق المسلمين، ودفعًا للضرر عن العامة)، وفي البحر الزخار لابن المرتضى ٣٨٦/٢ بتصرف يسير: «سائر المبيعات - سوى القُوتَـيْـن - التسعيرُ فيها جائز؛ رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم».

صيغ ذات علاقة :

١- الأصل في التسعير هو الحرمة[١]. (صيغة مكملة).

٢- لا يُلجأ إلى التسعير إلا عند الضرورة[٢]. (صيغة مكملة).

٣- ولي الأمر مأمور بمراعاة المصلحة[٣]. (أصل).

٤- ما احتاج إلى بيعه وشرائه عمومُ الناس، فإنه يجب أن لا يباع إلا بثمن المثل إذا كانت الحاجة إلى بيعه وشرائه عامة[٤]. (بيان).

شرح الضابط :

(التسعير) لغة بمعنى: تحديد السعر[٥]، أي جعل سعر معلوم ينتهي إليه ثمن الشيء[٦].

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠٢/١١ وفي روضة الطالبين للنووي ٤١١/٣ «التسعير حرام في كل وقت» وفي الإنصاف للمرداوي ٣٣٨/٤ «يحرم التسعير» وفي القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٩ «لا يجوز التسعير على أهل الأسواق» وفي التاج والإكليل للموّاق ٢٥٤/٦ «التسعير منهي عنه» وانظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٢٩/٥ وفي المغني لابن قدامة ١٥١/٤ «التسعير مظلمة، والظلم حرام» وانظر: سبل السلام ٢٥/٣ وفي شرح النيل لأطفيش ٦٦٢/١٣: «لا يسعِّر حاكم ولا الجماعة ولا الإمام ولا غيره، على الناس أموالهم» وفي مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي: «الأصل منع التسعير إلا إذا توافرت المقتضيات الشرعية له» (مجلة المجمع ـ العدد الخامس (مناقشة بحوث موضوع تحديد أرباح التجار).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي – العدد الحادي عشر (مناقشة بحوث موضوع سبل الاستفادة من النوازل- الفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة) وفي شرح النيل لأطفيش ٦٦٢/١٣-٦٦٣ «لا يجوز أن يسعر أحد على الناس أموالهم وأن يجبرهم على بيعها بغير طيب نفوسهم من إمام ولا غيره، ولكن إذا بلغ الناس حال الضرورة من الحاجة إلى الطعام، وعَزَم أصحاب الطعام على ما في أيديهم؛ جاز للإمام أخذ أصحاب الطعام ببيع ما في أيديهم بالثمن الذي يكون عدلا في قيمته؛ فيجوز التسعير في حال الضرورة لا غير» وفي الروضة البهية للعاملي ٢٩٩/٣ «ولا يجوز التسعير في الرخص مع عدم الحاجة قطعًا».

(٣) ضابط فقهي في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٧٩/٢٨.

(٥) انظر: المعجم الوسيط ٤٣٠/١، القاموس المحيط ص ٤٠٧.

(٦) تكملة المجموع شرح المهذب للمطيعي ٢٩/١٣.

وأما معناه اصطلاحًا، فقد قال الشوكاني: «أن يأمر السلطان، أو نوّابه، أو كل من ولي من أمور المسلمين أمرًا، أهلَ السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنع من الزيادة عليه أو النقصان إلا لمصلحة»[١].

وعلى هذا فالتسعير اصطلاحًا: هو تدخُّل الدولة ممثلة في وزارة التجارة، أو الغرفة التجارية، أو أي هيئة أخرى مختصة بشؤون السوق، في وضع أسعار محددة لسلع معينة، أو لكل السلع، تكون ملزِمة للتجار ليس لهم تجاوزها، وإلا كانوا عُرضة للعقاب»[٢]، وهذا ما يسمى بـ(التسعير الجَبْري)[٣].

ولا ينبغي أن يفهم من تدخل الدولة في التسعير: أنه يعني وضع أسعار ثابتة دائمة للسلع يتعين الأخذ بها في كل زمان ومكان، وإنما المراد: وضع سعر لكل سلعة بعد معرفة قيمتها الحقيقية، مع إضافة كلفة وصولها إلى المشتري، ثم إضافة نسبة معقولة من الربح للتاجر، وبهذا ينتفي لحوق الضرر بالتجار[٤].

إن هذا الضابط، ينطلق من الاجتهاد المصلحي، وبوجه أخص يتعلق بضبط نظام التجارة وشؤون الأسواق، باعتبار أن (التسعير) حسب ما اتضح مفهومه، يصدر أولا من السلطة الرسمية - سواء كانت داخلية أو دولية - المخوَّل لها حق التدخل في هذا الشأن، ثم إنه بعد صدوره من هذه الجهة الرسمية، يكون مُلزِمًا وإجباريًّا بحيث يجب أن يخضع له من يقع تحت قانونه، وإلا فيحق للسلطة المسؤولة أن تعاقب من يخالفه.

ويحسن هنا نقل أقوال بعض أئمة العلم، التي جاءت لتقرير صلة هذا الضابط بالاجتهاد المصلحي.

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٣٣٥/٥.

(٢) انظر: المعجم الوسيط ٤٣٠/١ والتسعير في نظر الشريعة الإسلامية للدكتور محمد بن أحمد الصالح، مجلة البحوث الإسلامية ٢٣٨/٤.

(٣) انظر: المعجم الوسيط ٤٣٠/١.

(٤) انظر: التسعير للدكتور محمد الصالح، مجلة البحوث الإسلامية ٢٤٧/٤.

فمن ذلك ما جاء في (معالم القربة في معالم الحسبة) لابن الإخوة القرشي: «ولا يجوز للمحتسب تسعير البضائع على أربابها، فإن الـمُسعِّر هو الله تعالى، فلا يتصرفنَّ فيه الإمام والوالي، فإن فعل ذلك إلا في سنين القحط كان ذلك محرَّمًا»، ثم قال: «قال الغزالي، رحمه الله تعالى: وإن كان في سنين القحط، واضطربت الأسعار، وابتُغي استقامتها، فوجهان: أحدهما يحرم؛ لعموم النهي، والثاني: لا يحرم؛ نظرًا إلى المقصود، وقال مالك، رحمه الله: إذا رأى الإمام في ذلك مصلحة كان له أن يفعله»[(١)]، وفي (الحاوي) للماوردي: «الإمام مندوب إلى فعل المصالح، فإذا رأى في التسعير مصلحة عند تزايد الأسعار؛ جاز أن يفعله»[(٢)].

وفي (المنتقى) للباجي في بيان وجه جواز التسعير: «ما يجب من النظر في مصالح العامة، والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم، فيُمنع من البيع بغير السعر الذي يحدّه الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، ولا يُمنع البائع ربحًا، لكن لا يُسوَّغ له منه ما يضر بالناس»[(٣)].

وفي (الهداية) للمرغيناني: «ولا ينبغي للسلطان أن يسعِّر على الناس، فإن كان أرباب الطعام يتحكّمون ويتعدّون عن القيمة تعديًا فاحشًا، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير؛ فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة»[(٤)].

ويعضد ذلك كلام ابن تيمية الذي نقله عنه تلميذه ابن القيم في (الطرق الحكمية): «السعر منه ما هو ظلم محرّم؛ ومنه ما هو عدل جائز، فإذا تضمن

---

(١) معالم القربة في معالم الحسبة ص ٦٥.
(٢) الحاوي للماوردي ٥/٤٠٩.
(٣) انظر: المنتقى للباجي ٥/١٨.
(٤) الهداية ٤/٩٣.

ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو مَنْعَهم مما أباحه الله لهم؛ فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل؛ فهو جائز بل واجب»(١).

وقال ابن القيم موضحًا لنوعي التسعير المذكورين: «فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم - وقد ارتفع السعر: إما لقلة الشيء، وإما لكثرة الخلق - فهذا إلى الله، فإلزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها: إكراه بغير حق، وأما الثاني فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها - مع ضرورة الناس إليها - إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، فالتسعير ههنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به»(٢).

وبعد أن أطال ابن القيم الكلام - وهو في أصله لشيخه ابن تيمية - حول الحالات التي تقتضي التسعير؛ لكونه مصلحة وعدلا ورفعًا للضرر والظلم عن الناس في تلك الحالات(٣)، ختم كلامه مقرِّرًا لضابط التسعير الإجمالي بقوله: «وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير؛ سَعَّر (أي السلطان) عليهم تسعير عدل، لا وكسَ ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه، لم يفعل»(٤).

ويمكن أن يقال فيما يتعلق بالنظر المصلحي الذي ينبني عليه جواز التسعير

---

(١) الطرق الحكمية ص ٣٥٦ ومجموع فتاوى ابن تيمية ٧٦/٢٨.

(٢) الطرق الحكمية ص ٣٥٦ ومجموع فتاوى ابن تيمية ٧٦/٢٨.

(٣) انظر: الطرق الحكمية ص ٣٥٦، ٣٨٣ ومجموع فتاوى ابن تيمية ٧٧/٢٨، ١٠٥ والحسبة لابن تيمية ص ٢٨، ٦٨.

(٤) الطرق الحكمية ص ٣٨٣، ٣٨٤.

- حسب ما يستفاد من كلام بعض أهل العلم من المعاصرين - أنه يتحقق إذا توافر شرطان:

«**أحدهما**: ألا يكون سبب الغلاء هو كثرة الطلب، وقلة المعروض من السلع.

والثاني: أن تكون حاجة الناس للسلعة عامة»[1].

وإذا كان المتبادر عادة في التسعير، أنه مصلحة للمشتري ومراعاة لجانبه، فإنه في الوقت نفسه يكون مصلحة للبائع أيضًا في بعض الحالات، وتوضيح ذلك أن الشرع يراعي جانب البائع، ومصلحته في موضوع التسعير كما يراعي مصلحة المشتري على حد سواء، فيُلزِم المشترين أحيانًا بأن لا يشتروا إلا بالتسعيرة المقررة؛ تحقيقًا لمصلحة البائع ورفعا للضرر عنه؛ إذ لو تُرك الأمر على خيار المشترين - في مثل تلك الحالات- أن يشتروا بالسعر الذي يُعجبهم ويُرضيهم، وإن كان سيتضرر به البائع، فربما ألجأوا البائع إلى أن يتنازل لهم عن حقه المشروع، ويبيع بذاك السعر الذي يريدونه مع كونه متضررًا فيه، خصوصًا إذا كان البائع لا يبيع إلا بسعر معقول لا ظلم فيه ولا غلاء[2]، أو كان محتاجًا إلى البيع والتخلص من البضاعة التي عنده؛ لملابسات وظروف تحيط بتلك البضاعة.

فالتسعير في مثل هذه الحالات المشار إليها، هو تحقيق لمصلحة البائع ومراعاة لجانبه، وإلى شيء من هذا يشير ابن القيم أنه ينبغي لوالي الحِسبة أن «يمنع المشترين من الاشتراك في شيء لا يشتريه غيرهم؛ لما في ذلك من ظلم

---

(١) التسعير في نظر الشريعة الإسلامية للدكتور محمد بن أحمد الصالح، مجلة البحوث الإسلامية ٤/٢٧٢.

(٢) انظر: كتاب أحكام الإعلانات التجارية لمحمد بن علي الكاملي ص ١٧٣، دار طيبة الخضراء، ط ١ عام ١٤٢٢هـ.

البائع»، قال: «وأيضًا فإذا كانت الطائفة التي تشتري نوعًا من السلع أو تبيعها، قد تواطؤوا على أن يهضموا ما يشترونه بدون ثمن المثل، ويبيعوا ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل، ويقتسموا ما يشتركون فيه من الزيادة؛ كان إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان»[١]؛ ولهذا «فإنهم يُمنعون من شرائه؛ لأنهم يكونون قد اتفقوا على ظلم الناس حتى يُضطروا إلى بيع سلعهم وشرائها بأكثر من ثمن المثل، والناس يحتاجون إلى ذلك وشرائه»[٢].

هذا، وقد اتفق أصحاب المذاهب الثمانية على هذا الضابط[٣]، سوى الظاهرية فإنه يُفهم من كلام ابن حزم، أنه يُمنع عنده التسعير مطلقًا؛ تبعًا لمسلكه في الالتزام بظواهر النصوص التي تنفي بظاهرها الإلزام بسعر معيّن، مثل قول الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥][٤].

وبالجملة، فموضوع التسعير حسب ما قرره هذا الضابط، هو بالإضافة إلى ما سبق من كونه رأي جمهور أصحاب المذاهب الثمانية، صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٤٦ (٨).

---

(١) الطرق الحكمية ٣٥٩/١ وانظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٧٨/٢٨-٧٩.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٧٨/٢٨-٧٩ وسيأتي في التطبيقات ذكر صورة واقعية معاصرة لهذا العنصر وهو مراعاة الشريعة التسعير لمصلحة البائع، وهي صورة بيع البضائع المهرّبة.

(٣) انظر: الهداية ٩٣/٤، والحاوي ٤٠٨/٥- ٤٠٩، والكافي لابن عبد البر ص٣٦٠، والتاج والإكليل ٢٥٤/٦، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٧٦/٢٨ و١٠٥، والطرق الحكمية، ص ٣٥٦ و٣٨٣، والبحر الزخار ٣٨٦/٢، ونيل الأوطار ٣٣٤/٥، وشرح النيل لأطفيش ٦٦٢/١٣، ٦٦٣، والروضة البهية ٢٩٩/٣.

(٤) المحلى لابن حزم ٥٣٨/٧ ويجيب ابن حزم عما ورد من قصة عمر، رضي الله عنه، مع حاطب، رضي الله عنه، في التسعير (الآتية ضمن الأدلة): أنه: «لا حجة في أحد دون رسول الله ﷺ»، وبأنه لا يصح عن عمر لإرسال في سنده.

وختامًا، فقد يحسن بصدد تعزيز القول عما سبق من أن ضابط (التسعير) هذا، كان مبناه ومنطلقه إنما هو التقدير المصلحي، أنه «يتضح من كلام العلماء الذين أجازوا التسعير، أنهم لم يجيزوه لذاته بل لأنه إجراء وقائي؛ لصد ظلم الظالمين، واحتكار المحتكرين»(١).

أدلة الضابط:

أدلة الأصل المنع من التسعير:

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، وحديث: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه»(٢).

وجه الدلالة من الآية والحديث: أنهما يفيدان إطلاق الحرية للبائع، والتسعير حجر عليه، وإلزام له بصيغة معيّنة في البيع، وهو منافٍ للرضا وطيب النفس، فيكون كالأكل بالباطل المنهيّ عنه(٣).

٢- عن أنس، رضي الله عنه، قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله سَعِّر لنا، قال: «إن الله هو المُسَعِّر القابض الباسط الرزّاق، وإني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال»(٤).

---

(١) التسعير للدكتور محمد الصالح- مجلة البحوث الإسلامية ٤/٢٤٩.

(٢) رواه أحمد ٣٤/٢٩٩ (٢٠٦٩٥)، والدارمي ٣/١٦٤٩ (٢٥٧٦) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه، رضي الله عنه. وهو جزء من حديث أوله: «كنت آخذًا بزمام ناقة رسول الله ﷺ في أوسط أيام التشريق ..».

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٢٩ والمحلى ٧/٥٣٨ والتسعير للدكتور محمد الصالح (مجلة البحوث الإسلامية ٤/٢٤١) وأحكام الإعلانات التجارية ص ١٦٩-١٧٠.

(٤) رواه أحمد ٢١/٤٤٥(١٤٠٨٥)، وأبو داود ٤/١٦٥ (٣٤٤٥)، والترمذي ٣/٦٠٥-٦٠٦ (١٣١٤)، وابن ماجه ٢/٧٤١-٧٤٢ (٢٢٠٠)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ طُلب منه أن يضع سعراً معينًا، فأبى، وجعل ذلك مظلمةً، والظلم حرام، فدل على أن للبائع أن يبيع كيف يشاء[١].

قال الشوكاني: «استدل بالحديث، وما ورد في معناه على تحريم التسعير، وأنه مظلمة ووجهه أن الناس مسلّطون على أموالهم، والتسعير حجر عليهم، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن، أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم، وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به منافٍ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾»[٢].

أدلة جواز التسعير لوجود مقتضاه الشرعي :

٣- قصة عمر، رضي الله عنه، مع حاطب بن أبي بَلْتَعَة، رضي الله عنه، وخلاصتها أن عمر مرَّ على حاطب وهو يبيع زبيبًا في السوق بسعر أرخص من سعر السوق، فقال له عمر: لقد حُدِّثت بعيرٍ مُقبلة من الطائف تحمل زبيبًا، وهم يعتبرون سعرك، فإما أن ترفع السعر، وإما أن تُدخِل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت[٣]؛ فدل أنه يجوز للإمام التسعير.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة٤/١٥١ والتسعير للدكتور محمد الصالح (مجلة البحوث الإسلامية ٤/٢٤١) وأحكام الإعلانات التجارية ص ١٦٩-١٧٠.

(٢) انظر: نيل الأوطار ٥/٣٣٤-٣٣٥ والمغني لابن قدامة ٤/١٥١.

(٣) الموطأ ٤/٩٤٢ (٢٣٩٩) باب الحكرة والتربص، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٢٩ (١٠٩٢٩).

٤- حديث «من أعتق عبدًا بينه وبين آخر، قُوِّم عليه في ماله قيمة عدل، ولا وكْسَ، ولا شَطَطَ»[١].

يقول ابن القيم: «هذا الذي أَمَر به النبي ﷺ من تقويم الجميع قيمة المثل، هو حقيقة التسعير»، وذلك أن الشارع أوجب إخراج العبد هنا عن ملك مالكه بعوض المثل لمصلحة تكميل العتق، ولم يمكّن المالك من المطالبة بالزيادة على القيمة، فكيف إذا كانت الحاجة بالناس إلى التملك أعظم وهم إليها أضرُّ، مثل حاجة المضطر إلى الطعام والشراب واللباس، وغيره[٢].

٥- قاعدة: تغير الأحكام بتغير موجباتها[٣].

وجه دلالة القاعدة: أن الحديث الذي سبق في رفض رسول الله ﷺ للتسعير، كان مبناه خشية ظلم أحد منهم، أو التعسف عليه في ماله، ولما تغيرت أحوال الناس، وأصبح عدم التسعير في كثير من الحالات، هو سبب الظلم والتعسف، نادى عدد من الفقهاء بجواز التسعير، وأحيانًا بوجوبه، على الأقل في المواد الأساسية التي تتوقف عليها حياة الناس[٤]، فمسوِّغ التسعير لم يوجد في العهد النبوي، ثم تبدل الأمر بعدئذ؛ فجاز التسعير بالعرف الجديد[٥].

٦- قاعدة الذرائع: وذلك أن «ترك الحرية للناس في البيع والشراء بأي

---

(١) رواه البخاري في ٨٨٢/٢(٢٣٥٩)و٨٩٢/٢(٢٣٨٦) وصحيح مسلم - واللفظ له- ١٢٨٧/٣(٥٠) - (١٥٠١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) انظر: الطرق الحكمية ص ٣٧٦.

(٣) انظر: صياغة هذه القاعدة في قسم القواعد المقاصدية.

(٤) انظر: صياغة هذه القاعدة في قسم القواعد المقاصدية.

(٥) انظر: بحث سبل الاستفادة من النوازل للدكتور وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الحادي عشر.

ثمن دون تسعيرٍ، هو أمر مباح في الأصل، ولكنه قد يؤدي إلى الاستغلال والجشع والتحكم في ضروريات الناس، فيقضي هذا الأصل الشرعي بسد هذا الباب بتقييد التعامل بأسعار محددة»[١].

وإذا كان هذا الوجه من الاستدلال بـ(قاعدة الذرائع) على التسعير، هو استدلال بها من جهة (سد الذرائع)، فإن هذه القاعدة، يمكن الاستدلال بها من جهة (فتح الذرائع) أيضًا، ووجه ذلك أن الإذن بالتسعير فتحُ ذريعة إلى مصلحة اقتصادية لا يستهان بها[٢]، و«الذريعة كما يجب سدّها، يجب فتحها»، كما يقول القرافي[٣].

تطبيقات الضابط:

١- **صورة من تطبيق التسعير في عهد السلف**: عن معمر عن الزهري، قال: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة بعير، لكل بعير أوقية، فذلك أربعة آلاف، فلما كان عمر غلت الإبل ورخُصت الورِق، فجعلها عمر وُقيّةً ونصفًا، ثم غلت الإبل ورخُصت الورِق أيضًا، فجعلها عمر أوقيتين، فذلك ثمانية آلاف، ثم لم تزل الإبل تغلو وترخص الورق، حتى جعلها اثني عشر ألفًا، أو ألف دينار[٤].

---

(١) التسعير للدكتور محمد الصالح - مجلة البحوث الإسلامية ٢٤٩/٤، وبحث سد الذرائع للقاضي مجاهد الإسلام القاسمي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد التاسع.

(٢) انظر: بحث سد الذرائع للدكتور علي داود جفال، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد التاسع، والبحث نفسه (في العدد نفسه) للشيخ مصطفى كمال التازي.

(٣) الفروق للقرافي ٦١/٢ الفرق رقم ٥٨، وبحث سد الذرائع للدكتور علي داود جفال، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد التاسع.

(٤) مصنف عبد الرزاق ٢٩١/٩ (١٧٢٥٥) وفي المصنف لابن أبي شيبة ١٢٦/٩ ح ٢٧٢٦٢ عن مكحول، قال: «توفي رسول الله ﷺ والدية ثمان مائة دينار، فخشي عمر من بعده، فجعلها اثنى عشر ألف درهم، أو ألف دينار».

وفي رواية: «وقضى عمر في الدية على أهل القرى اثنى عشر ألفًا، وقال: إني أرى الزمان تختلف فيه الدية تنخفض فيه من قيمة الإبل وترتفع فيه، وأرى المال وقد كثر، وأنا أخشى عليكم الحكام بعدي وأن يصاب الرجل المسلم، فتهلك ديته بالباطل، وأن ترتفع ديته بغير حق فتُحمل على قوم مسلمين فتجتاحهم؛ فليس على أهل القرى زيادة في تغليظ عقل، ولا في الشهر الحرام ولا في الحرم، ولا على أهل القرى فيه تغليظ، لا يزاد فيه على اثني عشر ألفًا»[١].

فعمر، رضي الله عنه، إنما وضع بنظره المصلحي في تحديد قيمة الدية، أساس (مبدأ عدم إخضاع الأحكام الشرعية لاستمرار الاضطراب في قيمة العملة)، فعندما جعل قيمة مائة من الإبل في الدية ألف دينار، أو اثني عشر ألف درهم، ومنع الزيادة على ذلك في غير حالات «التغليظ»، علل هذا التحديد بالخوف من أن يُرهَقَ الناسُ في حالة الارتفاع الفاحش لأسعار الإبل، فيكلفوا ما لا يطيقون، وهذا أساس لأحكام كثيرة من أبرزها «التسعير» عند الضرورة[٢].

٢- **تسعير أجور العمال**: تحديد أجور العمال يكون واجبًا في حالة الضرورة، وهي: إما تكتل أصحاب الأعمال ضد العمال؛ ليفرضوا عليهم شروطهم، وإما تكتل العمال وتواطؤهم على فرض أجور مرتفعة؛ مستغلين في ذلك حاجة الناس إليهم وإلى صناعاتهم، فهنا يجب تحديد الأجور؛ منعًا للجشع والاستغلال، وحفظًا لمصالح العمال، وأصحاب الأعمال[٣].

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٩/٢٩٤ (١٧٢٧٠).

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الخامس، بحث المعاملات الإسلامية وتغيير العملة قيمة وعينا للشيخ محمد الحاج الناصر.

(٣) انظر: التسعير للدكتور محمد الصالح - مجلة البحوث الإسلامية ٤/٢٥٥ ومجموع فتاوى ابن تيمية ٢٨/٨٢.

=

٣- **تسعير أجور العقارات**: كما توجد فئة من الناس تحتكر الأقوات وتتحكم فيها، نجد فئة أخرى تقوم ببناء المساكن وتتحكم في تأجيرها بفرض أجور باهظة لا يقوى على دفعها الكثير من الناس؛ ففي هذه الحالة يجب تحديد إيجارات العقارات إذا كان ارتفاعها ناتجًا بسبب حتكار أرباب العقار للمساكن، وتواطئهم على رفع أجورها؛ منعًا لهم من الاستغلال والاحتكار والتعسف في استعمال حق التملك[1].

٤- **التسعير لمصلحة البائعين**: يُلزم البائع عند المالكية بالسعر الذي عليه جمهور الباعة في السوق، فإذا انفرد أحد الباعة بحط السعر عن ذلك، فلولي الأمر أن يتدخل ويمنعه من ذلك؛ لأن حطّه عن سعر السوق يؤدي إلى تضرر

= وجاء في بحث التسعير نفسه المشار إليه للدكتور الصالح، توضيح حسن لكيفية تحديد أجور العمال وطريقة تطبيقه، وهو كما يلي:

«عندما يضطر ولي الأمر إلى وضع مستوى معين للأجور فإنه ينبغي أن يتم ذلك عن طريق هيئة تمثل العمال وأرباب العمل، تقوم بتقدير الأجر المناسب لكل مهنة أو حرفة، وتراعي في تحديد الأجور مهارة العامل وإمكانياته وقدراته، مع مراعاة مستوى المعيشة في كل عصر ومصر، فعند القيام بوضع جدول للأجور لكل مهنة يجب الإشارة إلى الفوارق الطبيعية في الذكاء والاستعداد الفطري والقدرة على التحمل، فلا يكون أجر العامل الكسول الذي يقوم بعمل تافه مساويًا لأجر العامل المجد النشيط الذي يؤدي عملا على جانب كبير من الأهمية، وبهذا يأخذ كل ذي حق حقه، مما يؤدي إلى تحسين العمل كيفًا وزيادته كمًّا، وتزول الضغائن والأحقاد التي كثيرًا ما تقوم بين العمال وأرباب العمل، وتحل محلها المحبة والوئام وبهذا تتحقق مصلحة المجتمع ويعم الرخاء».

(١) انظر: التسعير للدكتور محمد الصالح - مجلة البحوث الإسلامية ٤/٢٥٥ وفي هذا المعنى ذكر ابن تيمية في مجموع الفتاوى ٢٨/١٠٤ (أن صاحب الخان إذا امتنع من إدخال الناس إلا بما شاء، وهم محتاجون، لم يمكّن من ذلك، وأُلزم ببذل ذلك بأجرة المثل)، وجاء في بحث التسعير المشار إليه، توضيح لطريقة تحديد أجور العقارات، وهو أنه «عند تحديد الإيجارات يجب على ولي الأمر أن يجمع أصحاب الشأن - من مؤجرين ومستأجرين - وأهل الخبرة المختصين بالإسكان، ويناقشهم في الأمر، ويعرف منهم أسباب ارتفاع الإيجارات، وما ينفقه أصحاب العقارات على تشييدها من مواد البناء وسعر الأرض، مع مراعاة ما يتمتع به كل عقار من مميزات من حيث الموقع ونوع البناء والمرافق وما إلى ذلك، حتى يتوصل إلى تحديد أسعار للإيجارات ترضي الجميع، فلا يكون فيها ظلم للمستأجر ولا إجحاف بالمؤجر».

بقية البائعين؛ حيث إنه سعرٌ متفق عليه بينهم، وتُقوَّم به مبيعاتهم[(١)].

وعلى هذا الرأي يمكن تخريج صورة التعامل بالبضائع المهرّبة عبر الحدود، والتي تباع في الأسواق بسعر أقل من البضاعة المستوردة بالطرق النظامية؛ وذلك لأن البضائع المهرّبة لا تُدفع عليها الرسوم الجمركية، ولا الضرائب الأخرى التي يدفعها الباعة النظاميون، والتي تؤدي إلى ارتفاع سعر التكلفة عليهم، فيكون التجار أصحاب البضائع المهربة سبباً لإدخال الضرر على الباعة النظاميين؛ لأن أولئك يبيعون تلك البضائع بسعر أقل من سعر هؤلاء، فلو لم يُلزَم المتعاملون بالبضائع المهرّبة بنفس سعر الباعة النظاميين، وعدم البيع بأقل من سعرهم (أخذًا برأي المالكية)؛ لتضرر النظاميون من جهتين؛ وذلك لأنهم إما يُضطرون للتنازل عن حقهم في السعر الفعلي واللجوء إلى البيع بنفس سعر أولئك المتعاملين بالبضاعة المهرّبة؛ مماشاةً للزبائن، وهذا ضرر وخسارة عليهم، أو أن يتمسكوا بسعرهم الفعلي، وحينئذ فربما تبقى بضاعتهم كاسدة معرّضة للخسارة؛ لأن الزبائن المشترين لا يُقبلون عليها ما دامت توجد نفس البضاعة بسعر أرخص عند المتعاملين بالبضائع المهرّبة.

٥- **التسعير في مبادلة عملات الدول المختلفة** : عملات الدول المختلفة أجناس مختلفة - ولذلك تختلف أسماؤها وموازينها ووحداتها المنشعبة منها - وبناء عليه يجوز بيعها بالتفاضل بالإجماع، فيجوز إذن أن يباع الريال السعودي الواحد مثلا بعدد أكثر من الربيات الباكستانية لكن يبقى النظر في أن أسعار هذه العملات بالنسبة إلى العملات الأخرى، ربما يُنص على تعيينها من قِبل الحكومات، فهل يجوز بيعها بأقل أو أكثر من ذلك السعر المحدد؟ والجواب كما أفاده بعض أهل العلم من المعاصرين أن البيع بخلاف هذا السعر الرسمي، وإن كان لا يعتبر ربا؛ لِما تقدم من أن هذه العملات أجناس مختلفة، إلا أنه

---

(١) انظر: المنتقى للباجي ١٧/٥ والتسعير للدكتور محمد الصالح - مجلة البحوث الإسلامية ٢٥٩/٤.

تجري على ذلك أحكام التسعير، فمن جوز التسعير في غير النقود جاز عنده هذا التسعير أيضًا، وحينئذ فلا ينبغي مخالفة هذا السعر، إما لأن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية واجب، وإما لأن كل من يسكن دولة، فإنه يلتزم قولا أو عملا بأنه يتبع قوانينها، وحينئذ يجب عليه اتباع أحكامها، مادامت تلك القوانين لا تجبر على معصية دينية[١].

٦- **التسعير في السلع التي يحتاج إليها الناس حاجة عامة**: عندما يكون الناس في حاجة ماسة إلى سلعة معينة يجب على ولي الأمر تسعيرها؛ خشية استغلال التجار هذه الحاجة إلى السلعة فيرفعون سعرها[٢]، وذلك مثل التسعيرات المقررة لصرف الكهرباء، والهاتف، والماء (سواء عن طريق الصرف الصحي، أو عن طريق وايتات الماء)[٣]، وكذلك تسعيرات حافلات نقل الركاب وسيارات الأجرة.

٧- **التسعير في حالة حصر الدولة لبيع سلعة في أناس مخصوصين**: يجوز ترخيص الدولة لجهة معينة، أو لفرد معين بالاستئثار بإنتاج أو توزيع مادة أو سلعة معينة، ولكن يتعين على الدولة في مثل هذه الحالة أن تقرن مثل هذا الترخيص بتسعير جبري لهذه المادة أو السلعة؛ دفعًا لاحتمالات الاستبداد بالمستهلكين من جانب صاحب الامتياز، أو المرخص له[٤].

٨- **مراقبة التسعير**: إن التسعير حين يكون ضرورة تقتضيها المصلحة العامة، لا يحقق الهدف المنشود منه - وهو رعاية مصالح الناس ومنع الاستغلال والاحتكار - إلا إذا صاحبه مراقبة دقيقة من قبل ولي الأمر؛ لمنع

---

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثالث، بحث أحكام أوراق النقود والعملات للشيخ محمد تقي العثماني.

(٢) انظر: التسعير للدكتور الصالح - مجلة البحوث الإسلامية ٤/٢٦٣.

(٣) وهي شاحنات كبيرة يكون بها خزان ماء يُعبأ بالماء بما يسع طنًّا أو طنين أو زيادة.

(٤) انظر: التسعير للدكتور الصالح - مجلة البحوث الإسلامية ٤/٢٦٤-٢٦٥.

التجار من التلاعب بالأسعار، فمهمة ولي الأمر لا تقف عند تحديد الأسعار، بل تتعداه إلى مراقبة الأسعار، وتفقد الأسواق بصفة دائمة؛ حتى يطمئن إلى أن البيع والشراء يتم وفقًا لما حدده لهم[(١)].

استثناءات من الضابط:

التسعير في الحالات المقتضية له كما سبق، يختص بأهل السوق والباعة فيه، أما الجالب الآتي من الخارج، فلا يُمنع - في قول عند المالكية - أن يبيع في السوق بأقل من سعر الناس؛ وجه ذلك: أن الجالب يسامَح؛ لأنه يُدخل الرفق على أهل البلد بما يجلبه، فربما أدى التحجير عليه إلى قطع الميرة، بخلاف البائع بالبلد، فإنما يبيع أقواتهم المختصة بهم، ولا يقدر على العدول بها عنهم في الأغلب[(٢)].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: التسعير للدكتور الصالح – مجلة البحوث الإسلامية ٢٦٨/٤ ونقل صاحبه في البحث نفسه قرار مجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية في هذا الشأن وهو رقم ٦٨٠ الصادر في ١٣٩٧/٥/١٥هـ والذي ينص على ما يأتي: «يعهد إلى كل من سمو وزير الداخلية ومعالي وزير التجارة باتخاذ الإجراءات المشددة لمراقبة الأسعار في الأسواق، والحيلولة دون حدوث أي زيادة في الأسعار والضرب على أيدي العابثين بها بشدة رادعة».

(٢) انظر: المنتقى للباجي ١٨/٥ وهذا الحكم بالنسبة لاستثناء الجالب من التسعير عند المالكية، هو حكم إجمالي أما من حيث التفصيل، فقد أشار الباجي إلى تفريق الحكم -عندهم- فيما إذا كان الجالب يجلب ما هو من أصل القوت، كالقمح أوالشعير، أو يجلب ما ليس من أصل القوت كالزيت والسمن واللحم والفواكه، وكذلك فرقوا بين اتفاق الجالبين - إذا كانوا أكثر من واحد - على سعر أرخص من سعر السوق، وبين اختلافهم فيما بينهم على السعر.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٤٧

نص الضابط: الاسْتِصْنَاعُ جَائِزٌ فِي كُلِّ مَا جَرَى التَّعَامُلُ فِيهِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الاستصناع جائز في كل ما جرت العادة باستصناعه[٢].

٢- الاستصناع جائز فيما فيه التعامل[٣].

٣- الاستصناع جائز فيما فيه للناس تعامل[٤].

٤- الاستصناع صحيح في كل ما تعومل به عادة وعرفًا[٥].

٥- كل ما تعارف الناس الاستصناع فيه فهو جائز[٦].

٦- ما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه[٧].

---

(١) الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند ٣/٢٠٧.

(٢) الفتاوى الهندية ٤/٥١٧.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٤/٤٩.

(٤) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٤/٥.

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٢٢٣.

(٦) المبسوط ١٥/٩٠.

(٧) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٢٣ وبألفاظ أخر نحو: «لا يجوز الاستصناع فيما لا تعامل فيه» العناية للبابرتي ٤/٤٧٤، «الاستصناع فيما لا تعامل فيه لا يجوز» تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٢٤، وانظر: المبسوط للسرخسي ١٥/٩٩، بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٠٩.

صيغ ذات علاقة :

١- المعدوم قد يعتبر موجودًا حكمًا للحاجة[١]. (أصل).

٢- القياس يترك بالتعامل[٢]. (أصل).

٣- الحاجة تنزل منزلة الضرورة[٣]. (أصل).

شرح الضابط :

(الاستصناع) لغة: طلب الصنعة[٤]، والمراد به في اصطلاح الفقهاء، وصورته: أن يقول إنسان لصانعٍ اعمل لي خفًّا، أو نعلا، أو إناءً، أو سيفًا، من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم[٥]، فهو عقد بين شخصين بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء موصوف للآخر لقاء مبلغ معين، على أن تكون مواد المصنوع من قبل الصانع، فهو يلتزم بعين وعمل[٦].

والقياس يمنع من صحة هذه المعاملة؛ لأن محلها عند إنشاء العقد معدوم، وهي المواد التي يتم تكوين المصنوع منها، والمقرر شرعًا: أنه لا يصح العقد على معدوم على غير وجه السَّلَم؛ لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص، رضي الله عنهما، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يُضْمن»[٧].

---

(١) تبيين الحقائق ٤/١٢٣.

(٢) تبيين الحقائق ٤/١٥٠.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨.

(٤) انظر: لسان العرب لابن منظور ٨/٢٠٨، المصباح المنير للفيومي ص ٣٤٨، مختار الصحاح لأبي بكر الرازي ص ٣٧١، معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي ص ٦٢.

(٥) انظر: شرح العناية على الهداية ومعه فتح القدير لابن الهمام ٧/١١٤.

(٦) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/١٠٦.

(٧) رواه أحمد ١١/٢٠٣ (٦٦٢٨) وفي مواضع أخر، وأبو داود ٤/١٨٢ (٣٤٩٨)، والترمذي ٣/٥٣٥-٥٣٦ (١٢٣٤)، والنسائي ٧/٢٩٥ (٤٦٣١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وإنما جازت هذه المعاملة على خلاف القياس استحسانًا لمساس حاجة الناس إليها في كل عصر ومصر، ولجريان التعامل بها في كافة العصور من غير نكير[١]، والمقرر شرعًا: أن الحاجة تنزَّل منزلة الضرورة[٢]، وأن القياس يترك بالتعامل، فالاستصناع مستند في الجواز على قاعدة الاحتياج والضرورة العمومية[٣].

ولقد جاء هذا الضابط لبيان ما يصح فيه الاستصناع وما لا يصح، فقرَّر بكافة صيغه: أن المصنوعات، سواء كانت بسيطة أو مركبة مما جرى التعامل بها بين الناس عادة على ذلك النحو، وهو أن يلتزم الصانع بمواد الصنع، يجوز فيها عقد الاستصناع، بخلاف ما لم تجرِ عادة الناس على التعامل بها على النحو المذكور، فلا يجوز ورود عقد الاستصناع عليها، وإنما تجري فيها أحكام عقود أخرى كالسلم بشروطه المقررة لدى الفقهاء.

فمدار جواز الاستصناع في شيء ما هو تعامل الناس فيه، فما تعورف فيه الاستصناع بين الناس جاز فيه الاستصناع، وما لا فلا، على أن يؤخذ في الاعتبار قواعد الشرع الضابطة للعمل بالعرف، كقاعدة: «العبرة في العقود إنما هو بعرف المتعاقدين[٤]»، وقاعدة: «كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه»[٥]، وقاعدة: «المدار على العرف بحسب البلدان»[٦]، وقاعدة: «يفتى في كل بلد بحسب عرف أهله»[٧]، وعليه فقد يجوز الاستصناع في شيء ما، في بلد

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٣ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨.

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٤٢.

(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/١٤٢.

(٥) الفروق للقرافي ١/٢٩٦، معين الحكام للطرابلسي ١/١٢٩.

(٦) حاشية المعداني على شرح الشيخ ميارة على تحفة الحكام للحسن بن رحال بن أحمد بن علي التدلاوي ثم المعداني ١/١٨٧، نشر: دار الفكر.

(٧) مطالب أولي النهى للرحيباني ٦/٣٩٥، إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/٤٥.

دون بلد، وفي زمن دون زمن آخر؛ لأن ما ثبت على خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه، بل يقتصر على مورده المستند للحاجة[١].

وهذه المعاملة بمعناها السابق ذكره، واستنادًا لمعنى الحاجة، جائزة لدى فقهاء المذاهب المختلفة، حاضرة لديهم فيما أوردوه من تطبيقات، كما في العقد على صناعة الأواني، والثياب، والبسط، والحيطان، والأبنية، والسيوف، وغيرها من البسيطات والمركبات[٢]، لكن الاختلاف بينهم قائم في بيان طبيعة هذه المعاملة: هل هي وعد؟ كما يقول بعض فقهاء المذهب الحنفي أو هي عقد؟ كما يقول أكثر أهل العلم، وإذا كانت عقدًا: هل هي عقد مستقل مسماة باسم خاص وهو عقد الاستصناع؟ كما يقول بذلك جمهور فقهاء المذهب الحنفي، أو هي ملحقة بعقد آخر تخضع له وتسري عليها أحكامه؟ كما هو عند المالكية والشافعية والحنابلة: فالشافعية والحنابلة يلحقونها بعقد السلم، أو ما يسمى لدى بعضهم بـ(عقد الصرف)، ويخضعونها لأحكامه، نحو اشتراط تعجيل الثمن، وتحديد أجل تسليم المصنوع، والمالكية اعتبروها عدة صور، ألحقوا بعضها بعقد البيع، وبعضها بعقد الإجارة، وبعضها بعقد السلم، ومحل بسط ذلك كله كتب الفروع[٣].

---

(١) انظر: درر الحكام ١/ ٤٢.

(٢) انظر: شرح العناية على الهداية ومعه فتح القدير لابن الهمام ٧/ ١١٤، حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣/ ٢١٧، التاج والإكليل للمواق٦/ ٥١٧- ٥١٨، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي٥/ ٥، ٨، ٣٠، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/ ٣١١- ٣١٢، المغني لابن قدامة ٤/ ٢١٣- ٢١٤.

(٣) انظر: شرح العناية على الهداية ومعه فتح القدير لابن الهمام ٧/ ١١٤، حاشية الدسوقي ٣/ ٢١٧، مقدمات ابن رشد ص ٥١٩، شرح الخرشي ٥/ ٢٢٣، التاج والإكليل للمواق ٦/ ٥١٧- ٥١٨، مواهب الجليل للحطاب ٤/ ٥٣٩- ٥٤٠، بلغة السالك للصاوي ٢/ ١٨٣، منح الجليل لعليش ٥/ ٣٨٥، الأم للشافعي ٣/ ١٣٣- ١٣٤، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/ ٥، ٨، ٣٠، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/ ٣١١- ٣١٢، المغني لابن قدامة ٤/ ٢١٣- ٢١٤، كشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٦٥، الفروع لابن مفلح ٤/ ٢٤، الإنصاف للمرداوي ٤/ ٣٣٠.

فالاختلاف بين الفقهاء بشأن هذه المعاملة اختلاف في التخريج، فمن خرجها على أنها عقد مستقل مسَّت الحاجة إليه - كالحنفية -لم يشترطوا فيها ما يشترط في عقد السلم من اشتراط قبض الثمن في المجلس وتأجيل المصنوع، ومن خرَّجها على أنها عقد سلم اشترط فيها ذلك، ومن خرج بعض صورها على أنها بيع أو إجارة أخضعها لأحكام البيع أو الإجارة، ومن اعتبرها وعدًا لم يلزم أحد العاقدين بإتمامها قضاء، وإن أكثر المذاهب الفقهية احتضانًا لهذه المعاملة تأصيلا وضبطًا وتفريعًا هو مذهب الحنفية، وهذا ما يظهر من صيغ الضابط وتطبيقاته[١].

وهذا الضابط ذو أهمية بالغة في مواكبة التقدم السريع في المنتجات بكافة صورها وأشكالها البسيطة والمركبة؛ حيث تعددت وتنوعت هذه المنتجات، ومسَّت الحاجة إلى جريان التعامل فيها بين الناس عن طريق ما يسمى بالاستصناع؛ فجاز فيها الاستصناع مراعاة للمصلحة العامة، وتلبية للحاجات الملحة[٢].

أدلة الضابط :

قواعد الشرع القاضية بأن القياس يترك بالمعاملات التي اضطر الناس إلى مباشرتها؛ لمساس حاجتهم إليها، وتعذر أو تعسر الاستغناء عنها، ومنها:

---

(١) انظر: عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارت الإسلامية المعاصرة لمصطفى أحمد الزرقا ص ٢٥٢، الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صور عقد استصناع، أو عقد السلم لحسن علي الشاذلي ص ٤٣٦، عقد الاستصناع لعلي السالوس ص ٢٦٢، عقد الاستصناع لوهبة الزحيلي ص ٣٠٨، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة لمحمد رأفت سعيد ص ٦٩٧، ٧٧١، عقد الاستصناع لعلي محيي الدين القره داغي ص ٣٣٦ ـ بحوث منشورة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي عدد ٧، مجلد ٢، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

(٢) انظر: عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارت الإسلامية المعاصرة لمصطفى أحمد الزرقا ص ٢٢٦ - ٢٣١، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية لمحمد عبد اللطيف الفرفور ص ٥٠٧ ـ بحثان منشوران في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي عدد ٧، مجلد ٢، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

«القياس يترك بالعرف»[١]، «المعدوم قد يعتبر موجودًا حكمًا للحاجة»[٢]، وغير ذلك من كليات الشريعة الرافعة للحرج والمشقة.

تطبيقات الضابط :

١- إذا اتفق شخص مع إسكاف ليصنع له خفًّا أو نعلا، لقاء مبلغ من المال على أن تكون مواد الخف أو النعل من الصانع جاز ذلك؛ لأن التعامل بين الناس جارٍ على هذا النحو، وما فيه تعامل بين الناس جاز فيه الاستصناع[٣].

٢- يجوز التعاقد مع شخص على تنقية الماء لقاء مبلغ من المال، على أن يكون الماء من قبل الصانع (يقابل ذلك في الوقت المعاصر التعاقد مع شركات تنقية المياة، وتحليتها وتعبئتها)؛ لأن التعامل بين الناس جارٍ فيها على ذلك النحو، وما فيه للناس تعامل يجوز الاستصناع فيه[٤].

٣- يجوز عقد الاستصناع على الثياب، والأغطية، والخيام، والسجاجيد و نحوها؛ لتعامل الناس فيها في الوقت المعاصر على ذلك النحو، بخلاف عدم التعامل فيها في الماضي، فلم يكن الاستصناع فيها جائزًا، وهذا جارٍ على مقتضى الضابط، وهو أن الاستصناع إنما يجوز فيما للناس فيه تعامل[٥].

٤- يجوز جريان عقد الاستصناع في المنتوجات الطبيعية معلبة ومجمدة في علب وأكياس بلاستيكية ومعدنية؛ لتعارف الناس في الوقت

(١) المبسوط ١٥/٩٠.
(٢) تبيين الحقائق ٤/١٢٣.
(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٣/٢٠٧، البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٨٥.
(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٣/٢٠٧.
(٥) انظر: المبسوط ١٥/٨٨.

المعاصر على التعامل فيها على ذلك النحو، بخلاف عدم تعارفهم على التعامل فيها عن طريق الاستصناع في عصور ماضية، فلم تكن جائزة آنذاك؛ وهذا جارٍ على معنى الضابط، وهو أن ما فيه تعامل يجوز الاستصناع فيه، وما لا فلا[١].

٥- الاستصناع جائز في صناعة الطائرات، والسفن، والأجهزة الكهربائية والإلكترونية المختلفة البسيطة والمركبة؛ لجريان التعامل فيها بين الناس، وما فيه للناس تعامل يجوز فيه الاستصناع[٢].

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة لمصطفى أحمد الزرقا ص ٢٣٦.

(٢) انظر: أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية لمحمد عبد اللطيف الفرفور ص ٥٠٧.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٤٨

نص الضابط: الدَّيْنَانِ إذَا اتَّفَقَا جِنْسًا وَصِفَةً، وَقَعَت المُقَاصَّةُ بَينَهُمَا[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- كل دينين استويا في الجنس والصفة تساقطا[٢].

٢- من ثبت له على غريمه مثل ما له عليه، تساقطا ولو بغير رضاهما[٣].

صيغ ذات علاقة :

١- التقاص يحصل بنفس ثبوت الدَّينَين، ولا حاجة الى الرضا[٤]. (بيان).

٢- الاستيفاء بطريق المقاصَّة بمنزلة استيفاء الدَّين حقيقة[٥]. (أصل).

---

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي ص٣٣٣ وأصل الصيغة هكذا: «إن الدَّينَين إذا اتفقا جنسًا ووصفًا، وقعت المقاصّة بينهما، تقاصّا أو لم يتقاصّا؛ لأنه لافائدة في بقائهما».

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٣/١٤٥.

(٣) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٠.

(٤) المنثور للزركشي ١/٣٩٢.

(٥) شرح السير للسرخسي ٤/١٣٤٣، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ص٣٣٣ (هامش).

شرح الضابط :

موضوع الضابط يتعلق بما يسمى لدى الفقهاء المعاصرين بـ (المقاصة الجبرية)، وسيتضح معناها بعد توضيح مفردات الضابط.

فـ (الدَّين): هو كل ما ثبت في الذمة من ثمن مبيعٍ، أو أجرة بيت، أو أجرة دكان، أو قرض، أو صداق، أو عوض خُلع، ونحو ذلك[(١)].

و(المقاصة) لغة: بمعنى التناصف في القصاص، يقال: تقاصّوا: أي قَاصَّ كل واحد منهم صاحبَه في الحساب وغيره، وهي مفاعلة من الجانبين، أي أن كل واحد يستوفي حقه من الآخر؛ لأن القصاص استيفاء الحق[(٢)].

واصطلاحًا: إسقاط دين مطلوب لشخص على غريمه، في مقابلة دين مطلوب من ذلك الغريم على هذا الشخص، أي أن يكون لك دينار مثلا على آخر، ويكون عليك دينار أيضًا لذاك الشخص، فتكون المقاصة بين هذين الدينارَيْن: بأن يسقُط الدينار الذي لك في مقابل الذي عليك[(٣)].

وعرَّفها الدردير بقوله: «إسقاط ما لك من دَين على غريمك، في نظير ما له عليك، بشروطه»[(٤)].

ومفاد الضابط : أن من ثبت له على غريمه مثل ما لغريمه عليه من الدَّين جنسًا وصفة، وقعت المقاصة ويتساقط الدَّينان بمجرد تقابلهما، ولا يتوقف هذا

---

(١) انظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ٣٠٣/٥، وقال مؤلفه، رحمه الله، في تتمة هذا التعريف: «وإن كان العامة لا يطلقون الدَّين إلا على ثمن المبيع لأجل، فهذا عُرف ليس موافقًا لإطلاقه الشرعي».

(٢) انظر: تاج العروس والمصباح المنير وأساس البلاغة (مادة: قصص)، حاشية الصاوي على الدردير ١٩٣/٧.

(٣) انظر: المصباح المنير (قصص)، السيل الجرار ١٤٥/٣، الشرح الكبير للدردير ٢٢٧/٣.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٢٢٧/٣.

التساقط على تراضي الدائنَين، ولا على مطالبتهما، وهذا هو الذي تشير إليه جملة «تقاصًّا أو لم يتقاصًّا» المذكورة في تتمة صيغة نص الضابط[١].

فمثلا: إذا كان لخالد دينار عند محمد، ولمحمد دينار عند خالد، تَلاقَى الدَّينان مقاصَّة، وسقط حق كل واحد في مطالبة الآخر[٢]؛ لأن مطالبة أحدهما الآخر بمثل ما عليه، عبث؛ إذ ما الفائدة في أخذ الدَّين من أحدهما، ثم ردِّه إليه[٣]؟

هذا هو معنى (المقاصة الجبريّة) التي هي موضوع هذا الضابط، وهي التي تحدث بنفسها بين دَينَين متماثلين جنسًا وصفةً وقدرًا وحلولا وتأجيلا، ولا تتوقف على تراضي الطرفين، ولا على طلب أحدهما، فلو اقترض شخص من آخر نقودًا أو شيئًا يثبت دَينًا في الذمة كالمثليات، ثم باع المقترض لدائنه متاعًا بثمن معجّل من جنس الدَّين الذي عليه؛ وقعت المقاصَّة بين هذين الدينين بمجرد ثبوت الدين الثاني، جبرًا على الطرفين، ولا تتوقف على تراضيهما، ولا على طلب من أحدهما[٤].

ثم إن كان الدَّينان متساويين في المقدار وقع التساقط بينهما كاملا، وحصلت المخالصة الكاملة لكل دائن تجاه الآخر، وإن كانا متفاوتين في المقدار سقط من مقدار الدّين الأكثر بمقدار الدَّين الأقل، وحصلت المخالصة بهذا المقدار، ويبقى الفرق الباقي محلا للمطالبة والسداد.

وقد قال بهذا الضابط الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية[٥].

---

(١) وذلك في الهامش المكتوب على نص الضابط.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي للزحيلي ١٩/٦، ٤٤.

(٣) انظر: كشاف القناع ٣١٠/٣، الفقه الإسلامي ١٩/٦، ٤٤.

(٤) انظر: الفقه الإسلامي ١٩/٦، ٢٠، ٤٤.

(٥) المبسوط للسرخسي ٢٠/١٤، ١٥٠/٣٠، حاشية ابن عابدين ٢٣٩/٤، مغني المحتاج للشربيني ٥٣٤/٤، الإنصاف للمرداوي ١٠٤/٥، السيل الجرار ١٤٧/٣، شرائع الإسلام للحلّي ٣٣٢/١.

وذهب ابن أبي ليلى والمالكية إلى عدم القول بجواز المقاصة الإجبارية[١].

أدلة الضابط :

١- إن تساقط الدَّينين المتماثلين جنسًا وصفة، يؤيده العقل السليم؛ لأنه إذا لم يتحقق هذا التساقط، كان معنى ذلك أن يقوم كل واحد من الدائِنَين بمطالبة صاحبه بدَينه أولا، ثم يُبرئ كل منهما الآخر بما هو مستحق له في ذمته، وهذا عبث واشتغال بما لا يفيد، ولا يجوز الاشتغال بما لا يفيد[٢].

٢- إن جواز المقاصة الإجبارية يتفق مع المنطق المستقيم، وينسجم مع روح الشريعة ومقاصدها[٣].

أدلة القائلين بعدم جواز المقاصة الإجبارية :

١- لا تقع المقاصة إلا برضا الدائنين؛ لأنه إبدال ما في ذمة بذمة، فأشبه الحوالة التي لابد فيها من رضا المحيل والمحتال[٤].

٢- المقاصة الإجبارية تؤدي إلى مبادلة الدَّين بالدَّين، وهي باطلة ومنهي عنها[٥].

٣- لا يمكن في المقاصة الإجبارية أن يُجعل كل واحد من الدائنين مستوفيًا حقه بطريق المبادلة بحجة أنه عين حقه؛ لأنه ليس هو عين حقه بل ما في ذمته حق غيره، كالعين التي لكل منهما عند صاحبه،

---

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٥٤٩/٤، الفقه الإسلامي ٢٠/٦، ٤٤.

(٢) انظر: المبسوط ١٥٠/٣٠، المنثور ٣٩٢/١، مغني المحتاج ٥٣٤/٤، كشاف القناع ٣١٠/٣، السيل الجرار ١٤٧/٣، استيفاء الحقوق من غير قضاء لفهد اليحيى ص٢٣٣.

(٣) انظر: القواعد والضوابط لشبير ص ٣٨٦.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٥٣٤/٤.

(٥) انظر: المبسوط ١٥٠/٣٠، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ص٣٣٤.

فإنه لو كان لرجل في يد رجل مئة دراهم، والآخر في يده مثل ذلك، لم يكن مقاصة، بل لكل واحد منهما أن يطالب صاحبه بماله، فإذا كان هذا في العين، ففي الدَّين أولى، فإن مبادلة العين بالعين صحيحة، ومبادلة الدَّين بالدَّين باطلة[١].

تطبيقات الضابط :

١- إذا أتلف الدائن عينًا من مال المديون، وكانت من جنس الدَّين، سقط من الدَّين بمقدار تلك العين مقاصة[٢].

٢- رجل له على رجل ألف ريـال قرضًا حالة، فباع المستقرض من المُقرض سيارة بألف ريـال مؤجّلة إلى سنة، وقبض المقرض السيارة، لا تقع المقاصة بينهما؛ لأن الدَّينين هنا اتفقا جنسًا ولم يتفقا وصفًا، فإن أحدهما حالٌّ، والآخر مؤجل.

٣- إنْ مَرِضَ المستقرض وعليه ديون كثيرة في صحته تحيط بماله، فحلّ أجل ثمن السيارة في مرضه، وقعت المقاصّة؛ لأن المانع من المقاصّة في الصورة السابقة، كان بسبب اختلاف وصف الأجل بين دَين المستقرض والمقرض، فدَين المستقرض حالٌّ، ودَين المقرض كان مؤجلا، أما في هذه الصورة فقد حلّ أجل دَين المُقرض، فتساوى دَينه مع دَين المستقرض في الوصف؛ حيث صار كلاهما حالا، وهما متساويان جنسًا، فصحت المقاصة[٣].

٤- إذا كان لوارث وحيد دَين على مورّثه، فمات المورّث، سقط دَين

---

(١) انظر: المبسوط ٣٠/١٥٠، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ص٣٣٤.

(٢) انظر: مرشد الحيران لقدري باشا ١/١٧.

(٣) انظر: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ص٣٣٥.

الوارث مقاصة؛ لأن كل التركة انتقلت إليه، ومن ضمنها مقدار الدَّين الذي كان له على المورّث؛ فلا يؤمر حينئذ بتسلُّم دَينه منها؛ لعدم الفائدة في قبضه، وتبرأ ذمة المورّث المَدين[١].

٥- لو كان الغارم ميّتًا، جاز أن تُقاصّ عنه ديونه، وكذا لو كان الدَّين على من يجب نفقته جاز أن يقاصَّ عنه حيًّا وميتًا[٢].

٦- لا تقع المقاصة الجبرية بين (النقود الورقية) وبين (الأوراق التجارية) من شيكات سياحية وبطاقات الفيزا؛ لأن هذه الأوراق التجارية لا تعتبر من (جنس الأوراق النقدية)، وإنما هي مجرد أمر صادر من صاحب الوديعة في البنك، أن يدفع البنك مبلغًا من النقود للمستفيد الذي عيّنه مصدر الشيك، ويحق لأي شخص أن يمتنع عن قبول تلك الأوراق[٣].

٧- يجري العمل بالمقاصة الإجبارية في المصارف الآن، بل قد تحصل هذه المقاصة في حساب الشخص ربما أكثر من مرة في اليوم الواحد[٤].

٨- يسهُل عن طريق المقاصة الإجبارية: تصفية عمليات الحساب الجاري بين الطرفين، ويُتفادى استعمال النقود حيث يتم الاكتفاء بمجرد قيد العملية في الحساب، وإجراء المقاصة فيما بين الطرفين[٥].

---

(١) انظر: المنثور ١/٣٩١، القواعد والضوابط لشبير ص٣٨٦.

(٢) انظر: شرائع الإسلام ١/٣٣٢.

(٣) انظر: القواعد لشبير ص ٣٨٨.

(٤) انظر: استيفاء الحقوق من غير قضاء ص٢٣٣.

(٥) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٥/١٨١ نقلاً عن كتاب (العقود التجارية وعمليات المصارف) لأدوار عيد ص ٦٠٧- ٦٠٨.

٩- تظهر فائدة المقاصة الإجبارية على الأخص بين طرفي الحساب الجاري في حالة إفلاس أحد الطرفين، حيث إن الديون المستحقة والمقيدة في الحساب تكون قد سقطت فيما بينهما بالمقاصة، كما أن الديون لأجل، المقيدة في الحساب على الطرف الذي أعلن إفلاسه، تدخل تحت حكم المقاصة أيضًا، لمجرد قيدها فيه قبل إعلان الإفلاس، وسقوط أجلها بمجرد هذا الإفلاس[١].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء ١٨١/٥، ١٨٢ نقلاً عن كتاب (العقود التجارية وعمليات المصارف) ص٦٠٧، ٦٠٨.



ضوابط باب الربا



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٤٩

نص الضابط: الرِّبَا يَجْرِي فِي الْمُعَاوَضَاتِ الْمَالِيَّةِ دُونَ غَيْرِهَا[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- حكم الربا إنما يثبت في المعاوضات دون التبرعات[٢].

٢- الربا يختص بالمبادلة المالية[٣].

صيغ ذات علاقة :

١- لا ربا في المنافع[٤]. (أخص).

٢- لا ربا في الإجارات[٥]. (أخص).

٣- لا ربا في الفسخ[٦]. (أخص).

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٥٤٢، وأصل الصيغة: «الربا يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات» تبيين الحقائق ٤/٥٤٢.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٣/١٠٥، وفي البناية ٧/٨٥٨ بلفظ: «الربا يعمل في المعاوضات دون التبرعات».

(٣) تبيين الحقائق ٤/١٣٣.

(٤) التاج المذهب للعنسي ٣/٧٢.

(٥) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨/٤٨.

(٦) درر الحكام للملا خسرو ٢/١٧٩.

شرح الضابط:

(الربا) في اللغة: الزيادة، قال تعالى: ﴿ٱهۡتَزَّتۡ وَرَبَتۡ﴾ [الحج: ٥]، أي: زادت ونمت.

وفي الاصطلاح: فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال[(١)].

وهذا التعريف ينتظم نوعي الربا، وهما ربا الفضل، وربا النسيئة، فربا الفضل: هو البيع مع زيادة أحد العوضين المتجانسين عن الآخر، وربا النسيئة: هو بيع أصناف مخصوصة بشرط الأجل في أحد العوضين[(٢)].

والمبادلات الجارية بين الناس كما هو معلوم أنواع: مبادلة مال بمال، كالبيع والسلم والصرف ومبادلة مال بمنفعة، كالإجارة، والاستصناع، والمزارعة، والمساقاة، والمضاربة، ومبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة، كالصداق في النكاح، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، ومبادلة منفعة بمنفعة، كقسمة المنافع بين الشركاء بطرق المهايأة الزمانية أو المكانية[(٣)].

---

(١) انظر: البحر الرائق ٦/١٣٥ وقريب منه تعريف الشافعية: بأنه عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد، أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما.
وعند الحنابلة: هو تفاضل في أشياء، كمكيل بجنسه، أو موزون بجنسه، ونسأ في أشياء، كمكيل بمكيل وموزون بموزون، ولو من غير جنسه، مختص بأشياء، وهو المكيلات والموزونات، ورد الشرع بتحريمها، أي: بتحريم الربا فيها.
وعند الزيدية: هو التفاضل في متفقي الجنس، أو زيادة لأجل النساء.
وعند الإمامية: محل ورود الربا المتجانسان إذا قدر بالكيل أو الوزن، وزاد أحدهما عن الآخر قدرا، ولو بكونه مؤجلا. انظر: مغني المحتاج ٢/٣٦٣، كشاف القناع ٣/٢٥١، البحر الزخار ٤/٣٣٠، الروضة البهية ٣/٤٣٧.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/٣٦٣.

(٣) انظر: المنثور في القواعد ٢/٤٠٢ - ٤٠٣، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود للدكتور بدران أبو العينين بدران ص ٤٨٧، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية للدكتور سلطان بن إبراهيم ص ٧٣ - ٧٤.

فجاء هذا الضابط ليقرر أن الربا لا يجري في كافة المبادلات والمعاوضات التي تجري بين الناس، وإنما يجري في مبادلة الأموال بالأموال على سبيل المعاوضة، كالبيع، والصرف، والسلم، وما في معناها، وما سواها من التبرعات والغرامات والإسقاطات والمهور وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد والوكالة والإقالة ونحوها - لا يدخلها الربا[1].

وقد استعمل بعض الفقهاء ألفاظًا مطلقة للتعبير عن هذا الضابط، منها: «جريان الربا يختص بالمعاوضات المطلقة»[2]، «الربا إنما يتصور جريانه في العقد دون غيره»[3]، «الربا يجري في العقود لا في الغرامات»[4]، «الربا لا يتحقق إلا في المعاوضات»[5]، والحقيقة أن هذا لا يعد خلافًا لما تقدم من اختصاص الربا بالمعاوضة المالية دون غيرها؛ لأن مطلق كلام الفقهاء يحمل على ما قُيِّد به كلامهم في موضع آخر.

وهذا الضابط معمول به لدى الفقهاء، على اختلاف بينهم فيما يتعلق بتحقيق مناطه في بعض الفروع والجزئيات، كاختلافهم في القسمة والإجارات: هل يجري فيها الربا أم لا؟ ومن ذلك ذهاب بعض الفقهاء - كالحنفية - إلى جريان الربا في الإجارة والقسمة والمساقاة والمزارعة، على اعتبار أنها في حقيتها معاوضات مالية كالبيع، خلافًا لما صرح به بعض الفقهاء - كالشافعية والزيدية - أن الربا لا يجري في المنافع[6].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٢٩، تبيين الحقائق ٤/١٣٤، المحلى ٧/٤٠١ وفيه: «الربا لا يكون إلا في بيع أو قرض أو سلم»، وفيه أيضًا: «والشركة والإقالة والتولية كلها بيوع مبتدأة، لا يجوز في شيء منها إلا ما يجوز في سائر البيوع» المحلى ٧/٤٨١.

(٢) بدائع الصنائع ٤/١٤٣.

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٨/٢٨٨.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٧.

(٥) البناية للعيني ٦/٤٣٣.

(٦) انظر: تبيين الحقائق ٤/٥٤٢، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٦/١٣١، نهاية المحتاج ٥/٢٧٠، التاج المذهب ٣/٧٢.

أدلة الضابط :

حقيقة الربا : هي وجود زيادة وفضل لا تقابل بعوض صحيح، والمعاوضات غير المالية، والتبرعات، والغرامات، لا يتصور فيها ذلك، فلا يجري فيها الربا[١].

تطبيقات الضابط :

١- لو أتلف حُليًّا ضمن الوزن بمثله والصنعة بنقد البلد، ولا ربا وإن كان من جنسه؛ لأن الربا مختص بالمعاوضات المالية[٢].

٢- إذا فسخ عقد البيع وكان محله قمحًا بقمحٍ، أو ذهبًا بفضة، فلا يجري فيه الربا كتصور جريانه فيه عند ابتداء البيع؛ لأنه لا ربا في الفسخ[٣]؛ إذ الربا مختص بالمعاوضات المالية.

٣- تصح إجارة الحلي حتى بمثله من ذهب أو فضة، ولا يشترط التقابض في المجلس؛ لأن المعقود عليه في الإجارة المنفعة، فلا ربا في ذلك؛ لأنه لا ربا في المنافع[٤].

٤- يجوز أن يؤجر ثور ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر بمنافع ثورين يومًا واحدًا؛ لأنه لا ربا في المنافع[٥].

٥- لو كان لشخص عند آخر ألف، وللثاني عند الأول ألفان، فأسقط كل واحد منهما عن الآخر ماله عنده، جاز، ولا يعتبر ذلك من باب

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٤/٥٤٢.

(٢) انظر: نهاية المحتاج ٥/١٦٣.

(٣) انظر: درر الحكام للملا خسرو ٢/١٧٩.

(٤) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٦/١٣١، نهاية المحتاج للرملي ٥/٢٧٠.

(٥) انظر: التاج المذهب للعنسي ٣/٧٢.

الربا؛ لأنه لا ربا في دين سقط[١]؛ إذ الربا يختص بالمعاوضات المالية دون غيرها.

٦- إذا تزوج مسلم على خمر أو خنزير، فالنكاح جائز، وللمرأة مهر مثلها، ولا يفسد النكاح بهذا الشرط الفاسد كفساد البيع به؛ لكون الشرط الفاسد يصير ربا؛ لأنه لا ربا في النكاح؛ إذ الربا لا يجري إلا في المعاوضات المالية[٢].

٧- يجوز أن يكون بدل خلع الرجل لزوجته أكثر أو أقل مما دفعه إليها مهرًا؛ لأن الخلع ليس بمعوضة مالية حتى يجري فيه الربا[٣]؛ إذ الربا مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها.

٨- إذا دفع شخص لآخر مبلغًا من المال على سبيل الهبة، ثم دفع إليه الآخر مبلغًا أكثر أو أقل مما دفعه إليه على سبيل الهبة أيضًا، فلا يعتبر ذلك ربا؛ لأن هذا تبرع[٤]، والربا إنما يجري في المعاوضات المالية دون غيرها من التبرعات والغرامات.

٩- لو تبايع الشريكان من غير مال الشركة ألفًا بألفين لا يجوز؛ لأن ذلك التصرف معاوضة مالية بين شخصين[٥]، والربا يجري في المعاوضات المالية.

١٠- هدية الذي عليه الدين إلى الذي له عليه وضيافته إياه - ما لم يكن

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢١٦.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣/٣٥٨.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٤/١٣١.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٤/١٣١.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٩٣.

شيء من ذلك عن شرط[1] - جائزة حلال[2]؛ لأن الربا إنما يجري في المعاوضات المالية دون غيرها.

علاء إبراهيم عبدالرحيم

* * *

(١) فالقرض إن دخله الشرط صيره معاوضة مالية يجري فيه الربا، قال ابن حزم: «ولا يدخل الربا في القرض إلا في وجه واحد فقط، وهو اشتراط أكثر مما أقرض أو أقل مما أقرض أو أوجود مما أقرض أو أدنى مما أقرض» المحلى ٤٣٨/٧.

(٢) انظر: المدونة للإمام مالك ١٧٥/٣، التاج والإكليل للمواق ٥٣٠/٦، المحلى لابن حزم ٣٥٩/٦.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٥٠

نص الضابط: لَا يُجْمَعُ بَيْنَ سَلَفٍ وَبَيعٍ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا يجوز سَلَف وبيع[٢].

٢- لا يصلح بيع وسلف[٣].

٣- لا يجوز اجتماع السَّلَف مع البيع في عقد واحد[٤].

٤- لا يجتمع بيع وسَلَف في صفقة واحدة[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- كل عقد معاوضة يمتنع جمعُه مع السلف[٦]. (أعم).

---

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٤٤١، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٦٢، ٣٣٤، إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ٣/١٥٣، إغاثة اللهفان لابن القيم الجوزية ١/٣٦٣.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٣٢٤، المستدرك ٢/١٧، موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان ص ٢٧٢، البحر الزخار ٤/٣٩٦.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٥/٣٤٠.

(٤) البهجة للتسولي ٢/٩- ١٠، ميارة على التحفة ٢٨٣/أ.

(٥) القواعد المستخرجة من المدونة لأحسن زقور ٢/٧١٩.

(٦) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢/١٥٠، مواهب الجليل ٤/٣١٤، وانظر: النوازل الصغرى للوزاني ٣/٤١٨، أصول الفتيا للخشني ص ١١٥، منح الجليل لعليش ٤/٥٠١.

٢- كل عقدين يتضادّان وَضْعًا ويتناقضان حُكمًا؛ فإنه لا يجوز اجتماعهما[1]. (أعم).

شرح الضابط :

ذهب جماهير الفقهاء إلى أنَّ المراد بـ(السَّلَف) ههنا: القَرْض[2]؛ حيث إنه يطلق في اللغة والاصطلاح الفقهي عليه[3].

ومعنى الضابط في الجملة: عدم جواز الجمع بين عقدي البيع والقرض في معاملة واحدة، وفساد ذلك إنْ وقع مثل أنْ يقرضه ألف ريـال على أن يبيعه سيارته بألفي ريـال، أو يشتري منه سيارته بألفي ريـال.

وقد اتفق الفقهاء غير الإمامية على عدم جواز اشتراط أحد هذين العقدين في الآخر، مثل أن يقرضه عشرة دراهم على أن يشتري منه هذا الثوب بعشرة دراهم، أو يقول له: بعتك هذه الدار بمائة ألف درهم على أن تقرضني خمسين ألف درهم[4].

---

(١) المسالك لابن العربي ١٤٤/٦، القبس لابن العربي ٧٩٨/٢، ٨٤٢، وانظر: الفروق للقرافي ١٤٢/٣، وانظر قاعدة: «هل يجوز الجمع بين عقدين مختلفي الحكم؟» في قسم القواعد الفقهية.

(٢) شرح السنة للبغوي ١٤٥/٨، طلبة الطلبة ص ٢٤٩، روضة الطالبين ٣٩٨/٣، فتح القدير ٨٠/٦، مرقاة المفاتيح ٣٢٣/٣، حاشية السندي على المجتبى ٢٨٨/٧ وقيل: قد يكون المراد به عقد السَّلَم.

(٣) مشارق الأنوار للقاضي عياض ٢١٩/٢، المغرب للمطرزي ٤٠٨/١، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي لمحمد بن أحمد الهروي الأزهري ص ١٤٨، زاد المعاد لابن القيم الجوزية ٨١٤/٥، كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن المالكي ١٥٠/٢، المنتقى للباجي ٢٩٢/٤.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦/١٣، المدونة لسحنون ٥٥٣/٣، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣١/٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣١/٢، البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٣٩٦/٤، سبل السلام ٢١/٢، شرح النيل لأطفيش ٧٠/٨، شرائع الإسلام للحلي ٢٩/٢ قال فيه: «يجوز بيع وسلف».

ويفهم من «الاشتراط» أن البيع والسلف إذا اجتمعا في عقد دون اشتراط، كان ذلك جائزًا، وهو المذهب عند الحنفية و الشافعية فقالوا: إنَّ اجتماع السَّلَف مع البيع (ونحوه من إجارة أو صرف أو سلم) من غير اشتراط في ا لعقد جائز شرعًا؛ لأن المراد بنهي النبي ﷺ عن البيع والسلف شرط القرض فيه - على تقدير حذف المضاف - أي لا يحلُّ بيع مع شرط قرض[١].

وقد أوضح هذا المعنى الماوردي - في معرض بيان معنى حديث النهي عن بيع وسلف - حيث قال: «وليس هذا الخبر محمولا على ظاهره؛ لأن البيع بانفراده جائز، والقرض بانفراده جائز، واجتماعهما معًا من غير شرط جائز، وإنما المراد بالنهي بيع شُرِطَ فيه قرض، فهذا بيع باطل وقرض باطل»[٢].

كما يفهم منه أيضًا أن محل المنع إذا كان الاشتراط راجعًا نفعه إلى أحد المتعاقدين، أما إذا اشترط البائع على المشتري في البيع أن يقرضه أجنبي (أي شخص ثالث) مبلغًا من المال، فقبل المشتري، فإنَّ العقد لا يفسد؛ لأن الإقراض لا يلزم الأجنبيَّ في هذه الصورة، ولا خيار للبائع إن لم يقرضه الأجنبي، نصَّ على ذلك الحنفية[٣]؛ لأن المراد بالشرط: شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد[٤].

فقد جاء في حاشية الشلبي نقلا عن فتاوى الولوالجي ما نصه: «ولو قال بعتُك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم، فقبل

---

(١) رد المحتار ١٧٥/٤، طلبة الطلبة ص ٢٤٩، المبسوط ١٦/١٣، ٤٠/١٤، الشرح الكبير على المقنع ١٣٢/١٢، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني عليه ٤٧/٥، البيان للعمراني ٤٦٢/٥، روضة الطالبين ٣٩٨/٣، المحيط البرهاني ٣٩٣/٩.

(٢) الحاوي ٤٣١/٦، وانظر: البيان للعمراني ٤٦٤/٥.

(٣) فتح القدير ٨١/٦، العناية على الهداية ٨٠/٦، المحيط البرهاني ٣٩٤/٩، فتاوى قاضيخان ١٦٣/٢، رد المحتار ١٢١/٤.

(٤) المبسوط للسرخسي ٤٠/١٤.

المشتري ذلك البيع، لا يفسد البيع؛ لأنه لا تلزم العشرةُ الأجنبي؛ لأنه لو لزمته إنما تلزمه إما بطريق الضمان عن المشتري، أو بطريق الزيادة في الثمن، ولا وجه إلى الأول؛ لأن هذه العشرة ليست في ذمة الأجنبي، فكيف يتحملها الكفيل؟ ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه لم يقل: على أني ضامن، فإذا لم تلزم الأجنبي لا يفسد البيع، ولا خيار للبائع؛ لأن الخيار لو ثبت، إنما يثبت إذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري، وهنا قد سلم له ما شرط في البيع على المشتري»[١].

ثم إن عقد البيع والسلف منه ما هو صريح، ومنه ما هو ضمني وصوره كثيرة يستنبطها الفقيه الماهر في العقود المتنوعة، وقد بين ذلك (الحطاب) في (مواهب الجليل) فقال: «الممنوع الذي يكثر القصد إليه، ويتحيل عليه بما هو جائز في الظاهر أشياء متعددة، منها بيع وسلف، واعلم أنه لا خلاف في المنع من صريح بيع وسلف، وكذلك ما أدى إليه وهو جائز في الظاهر لا خلاف في المذهب بمنعه، صرح بذلك ابن بشير وتابعوه وغيرهم، ومثال ذلك: أن يبيع سلعتين بدينارين إلى شهر، ثم يشتري إحداهما بدينار نقدًا، وقاعدة مالك، رضي الله عنه، وأصحابه عَدُّ ما يخرج من اليد وعاد إليها لغوًا، وكان البائع خرج من يده دينار وسلعة نقدًا يأخذ عنها عند الأجل دينارين: أحدهما عوض عن السلعة وهو بيع، والثاني عوض عن الدينار المنقود وهو سلف»[٢].

وجاء في (المغني): «لو أقرضه شيئًا، وباعه سلعة بأكثر من قيمتها، أو اشترى منه سلعة بأقلَّ من قيمتها؛ توسلا إلى أخذ عوض عن القرض؛ فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة، فهو خبيث محرَّم، وبهذا قال مالك[٣].

---

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٥٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٤/٣٩٠- ٣٩١.

(٣) المغني لابن قدامة ٦/١١٦، وانظر: الشرح الكبير على المقنع ١٢/١٣٢.

وفي معنى هذا النوع من الحيل التي تؤدي على اجتماع البيع والسلف في عقد، حكى الشوكاني أنَّ صورة الجمع بين السَّلف والبيع في كتب جماعة من أهل البيت: أن يريد شخص شراء سلعة ما بثمن مؤجل أكثر من سعر يومها؛ لأجل النَّساء - وعندهم لا يجوز ذلك - فيحتال مريد الشراء لذلك بأن يقترض ذلك الثمن من البائع، ويعجله إليه مقابل السلعة التي يريد شراءها[1].

والعلة التي بسببها منع من اجتماع بيع وسلف في عقد واحد مقاصدية، ذكرها القرافي في (الفروق)، وجعلها قاعدة تشمل مجموعة من العقود المركبة، فقال: «لأن العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسبباتها بطريق المناسبة، والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين، فكل عقدين بينهما تضادّ لا يجمعهما عقد واحد»[2]، والبيع مبني على المشاحة وانتفاء الغرر والجهالة[3]، والقرض من عقود التبرع التي مبناها على المسامحة والمساهلة في الغرر والجهالة.

قال ميارة المالكي ناظمًا العقود التي لا يجمعها عقد واحد لاختلاف أغراضها:

عقـــود منعنـا اثنين منها بعُقْدَة لكـــون معانيهـــا معًا تتفــرق
فَجُعْلٌ وصَرْفٌ والمساقاة شِركَة نكاح قراضٌ قَرْضُ بيعٌ محقق[4]

---

(١) نيل الأوطار ٥/١٧٩.
غير أنَّ الشوكاني لم يرتض هذا التفسير للحديث، وعلَّقَ عليه بقوله: «الأولى تفسير الحديث بما تقتضيه الحقيقة الشرعية أو اللغوية أو العرفية أو المجاز عند تعذر الحمل على الحقيقة، لا بما هو معروف في بعض المذاهب، غير معروف في غيره، وقد عرضتُ الكلام في جواز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النَّسَاء» نيل الأوطار ٥/١٧٩.

(٢) أنوار البروق ٣/١٤٢.

(٣) أنوار البروق ٣/١٤٢.

(٤) حاشية ابن الشاط على أنوار البروق ٣/١٧٧ - ١٧٨.

فلا يجوز الجمع بين أي تبرع ومعاوضة؛ وذلك لاختلاف مقاصدهما، وتنافي أحكامهما، وكون الأصل: أنَّ كل عقدين يتضادّان أو يتنافيان وضعًا لا يجوز أن يجتمعا شرعًا[1].

قال ابن تيمية، رحمه الله، بعد أن حكى نهي النبي ﷺ عن سلف وبيع: «كل تبرع يجمعه إلى البيع والإجارة - مثل الهبة والعاريّة والعريَّة والمحاباة والمساقاة والمزارعة والمبايعة وغير ذلك - فهو مثل القرض فجماع معنى الحديث أنه لا يُجمع بين معاوضة وتبرع؛ لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة، لا تبرعًا مطلقًا، فيصير جزءًا من العوض، فإذا اتفقا على أنه ليس بعوض، فقد جمعا بين أمرين متنافيين»[2].

أدلة الضابط:

١- ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحلُّ سَلَف وبيع»[3].

٢- عن عبد الله بن عمرو بن العاص، رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف[4].

---

(١) قال ابن العربي: «ويُركَّبُ على هذا الحديث أصلٌ بديع من أصول المالكية، وهو أنَّ كل عقدين يتضادان وضعًا، ويتناقضان حكمًا؛ فإنه لا يجوزُ اجتماعهما، أصله البيع والسلف، فركّبه عليه في جميع مسائل الفقه، ومنه البيع والنكاح» القبس ٨٤٢/٢، المسالك ١٤٤/٦.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٦٣/٢٩، القواعد النورانية الفقهية ص ١٤٢.

(٣) رواه أحمد ٢٥٣/١١ (٦٦٧١)، وأبو داود ٢٨٣/٢ (٣٥٠٤)، والترمذي - وقال: حسن صحيح - ٥٣٥/٣ (١٢٣٤)، والنسائي٧/٣٣٣ (٤٦٢٥)، والحاكم ٢١/٢ (٢١٨٥).

(٤) رواه أحمد ٢٠٣/١١ (٦٦٢٨)، والطحاوي شرح معاني الآثار ٤٦/٤ (٥٦٥٦)، والبيهقي في السنن الكبرى ٥٦١/٥ (١٠٨٨٠)، كما رواه مالك بلاغًا في الموطأ ٦٥٧/٢، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا.

٣- ولأنه لا يجوز اشتراط بيع في قرض، ولا قرض في بيع باتفاق الفقهاء[١] قال ابن عبد البر: «أجمع العلماء على أنَّ مَن باع بيعًا على شرط سَلَف يُسْلِفه أو يستسلِفه فبيعه فاسد مردود»[٢].

٤- ولأنَّ فيه جمعًا بين عقدين متنافيين متضادّين؛ إذ البيع موضوع للتجارة والاكتساب، مبني على المغابنة والمكايسة والتشاح، خارج عن باب القُرَب والعبادات، والقَرْض مبني على المعروف والمكارمة والقُرْبة، والقاعدةُ: أنَّ كل عقدين يتضادَّان وضعًا، ويتناقضان حكمًا؛ فإنه لا يجوز اجتماعهما شرعًا[٣].

وعلى ذلك جاء في (الذخيرة): قاعدة: «السَّلَف شرعه الله تعالى معروفًا وإحسانًا بين الخلق، وما شُرِع لحكمةً يمتنع إيقاعه غير متضمن تلك الحكمة؛ فلذلك لا يجوز السَّلَف على غير وجه المعروف، والسَّلَف بشرط البيع أوقَعه للمكايسة لا للمعروف؛ فيمتنع»[٤].

٥- ولأنَّ الجمع بين القرض والبيع يفضي إلى جهالة الثمن في البيع، وذلك مُفسِد لعقده[٥]، قال الشافعي: «وذلك أنَّ من سُنَّته ﷺ أن

(١) فتح القدير ٨٠/٦، المبسوط ٤٠/١٤، طلبة الطلبة ص ٢٤٩، البيان للعمراني ٤٦٢/٥، روضة الطالبين ٣٨/٣، نهاية المطلب ٤٤٣/٥، الحاوي للماوردي ٤٣١/٦، شرح السنة ١٤٥/٨، مرقاة المفاتيح ٣٢٣/٣، معالم السنن ١٤٤/٥، الذخيرة ٤٣٦/٥، كشاف القناع ٣٠٣/٣، الموطأ ٦٥٧/٢، المغني ٣٣٤/٦، مجموع فتاوى ابن تيمية ٨٣/٣٠، حاشية السندي على المجتبى ٢٨٨/٧، شرح منتهى الإرادات ١٦٣/٢، مختصر الفتاوى المصرية ص ٣٥٣، وانظر: م/٢٥٢ و(٧٤٤) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

(٢) التمهيد ٩٠/١٧.

(٣) القبس ٧٩٨/٢، ٨٤٢، المسالك ٣٨/٦، ١٤٤، عارضة الأحوذي ٢٤٢/٥، الموافقات ١٩٩/٣.

(٤) الذخيرة للقرافي ٤٣٦/٥.

(٥) فتح العزيز ٢٨٣/٩، تحفة المحتاج ٤٧/٥، معالم السنن ١٤٤/٥.

تكون الأثمان معلومة، والمبيع معلومًا، فلما كنتُ إذا اشتريتُ منك دارًا بمائة على أن أسْلِفك مائة، كنتُ لم أشترها بمائة مفردة ولا بمأتين، والمائة السَّلَف عارية، له بها منفعة مجهولة، وصار الثمن غير معلوم»[١]، وقد شرح ذلك الماوردي بقوله: «وذلك أن البائع إذا شرط لنفسه قرضا، صار بائعًا سلعته بالثمن المذكور وبمنفعة القرض المشروط، فلما لم يلزم الشرط، سقطتْ منفعته من الثمن، والمنفعة مجهولة، فإذا سقطت من الثمن، أفضت إلى جهالة فيه، وجهالة الثمن مبطلة للعقد»[٢].

٦- ولأن مقارنة البيع للسلف مَظِنَّة قَصْد العاقدين التوصُّل بذلك إلى القرض الربوي تحت ستار المحاباة في البيع، إذ المـُقْرِضُ متهم بأنه إنما يقرضه من أجل أن يحابيه في الثمن، ولا يبعد أن تتخذ حيلة إلى الاستزادة في القرض، فَمُنِعَتْ سدًّا للذريعة إلى ذلك المحظور[٣].

وقد أوضح هذا المعنى ابن تيمية حيث قال: «صَحَّ عنه ﷺ أنه لا يحلُّ سلف وبيع، وما ذاك - والله أعلم - إلا لأنه إذا باعه شيئًا وأقرضه، فإنه يزيد في الثمن لأجل القرض، فيصير القرض بزيادة، وذلك ربا»[٤] وقال أيضًا: «إنَّ النبي ﷺ نهى أن يجمع الرجل بين سلف وبيع، وهو حديث صحيح، ومعلوم أنه لو أفرد أحدهما عن الآخر

(١) مختصر المزني (بهامش الأم) ٢/٢٠٥.

(٢) الحاوي ٦/٤٣١.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٣٣٤، معالم السنن ٥/١٤٤، الفروق للقرافي ٣/٢٦٦، أصول الفتيا للخشني ص ١١٥، شرح الموطأ للزرقاني ٣/٣٠٦.

والفرق بين الحيل وسدّ الذرائع كما قال ابن تيمية: «أنَّ الحيلةَ تكون مع قَصْدِ صاحبها ما هو محرَّمٌ في الشرع؛ فهذا يجب أن يُمنع من قصده الفاسد، وأما سَدُّ الذرائع، فيكون مع صحة القَصْد خوفًا من أن يفضي ذلك إلى الحيلة» تفسير آيات أشكلت ٢/٦٨٢.

(٤) بيان الدليل على بطلان التحليل ص ٢٣٧- ٢٣٨.

صَحَّ؛ وإنما ذاك لأنَّ اقتران أحدهما بالآخر ذريعة إلى أن يقرضه ألفًا ويبيعه سلعة تساوي ثمانمائة بألف أخرى، فيكون قد أعطاه ألفًا وسلعة بثمانمائة ليأخذ منه ألفين، وهذا هو معنى الربا»[١]، وكذا ابن القيم بقوله: «وحرَّم الجمع بين السلف والبيع؛ لما فيه من الذريعة إلى الربح في السلف، بأخذ أكثر مما أعطى، والتوسل إلى ذلك بالبيع أو الإجارة كما هو الواقع»[٢].

تطبيقات الضابط:

١- لا يجوز أن يقرضه قرضًا، ويبيعه سلعة تساوي ثمانين بمائة، أو يشتري منه سلعة تساوي مائة بثمانين؛ لأن قرضه روَّج متاعه بهذا الثمن، وكل قرض جرَّ نفعًا فهو ربا، ولأنَّ بيعه كذلك إنما كان توسلا إلى أخذ عوض عن القرض، وذلك باب من أبواب الربا؛ للاستزادة في القرض، وعلى ذلك نصَّ المالكية والحنابلة[٣]؛ لأن في ذلك جمعًا بين سلف وبيع، وهو ممنوع.

٢- لا يجوز أن يقول له: أبيعك داري هذه بألف درهم على أن تسلفني مائة درهم في خمسين إردبًا من القمح إلى أجل كذا[٤]؛ لأن في ذلك اجتماع بيع وقرض في عقد واحد.

٣- لا يجوز لشخص أن يبيع سلعتين بدينارين إلى شهر، ثم يشتري

---

(١) بيان الدليل ص ٢٦١، وانظر: إعلام الموقعين ٣/١٥٣.

(٢) إغاثة اللهفان ١/٣٦٣.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٢/٤٤١، مرقاة المفاتيح ٣/٣٢٣، الشرح الكبير على المقنع ١٢/١٣٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٦٣، ٤٤١، ٥٣٣، القواعد النورانية الفقهية ص ١٢٠، شرح السنة للبغوي ٨/١٤٥، نيل الأوطار ٥/١٧٩.

(٤) شرح السنة ٨/١٤٥، المغني ٦/٣٣٤، معالم السنن للخطابي ٥/١٤٤، نيل الأوطار ٥/١٧٩.

واحدة منهما بدينار نقدًا، فكأنَّ البائع خرج من يده سلعة ودينار نقدًا، يأخذ عنهما عند الأجل دينارين: أحدهما: عوض عن السلعة، وهو بيع، والثاني: عوض عن الدينار المنقود، وهو سَلَف»[1].

٤- من ابتاع سلعة على أن البائع متى ما ردَّ الثمن فالسلعة له، لم يجز ذلك؛ لأنه بيع وسلف[2].

٥- من باع ثوبين مثلا بعشرة إلى شهر، ثم اشترى أحدهما بثمن مؤجل لأبعد من الأجل الأول، كأن يشتريه لشهرين مثلا، فإن ذلك لا يجوز، سواء اشتراه بمثل الثمن الأول أو أقل منه أو بأكثر، أما إذا اشتراه بمثل الثمن؛ فلأن أحد ثوبيه قد رجع إليه، وصار كأنه دفع ثوبًا للمشتري على أن يسلفه بعد شهر عشرة يردها إليه بعد شهرين، وذلك سلف يجر نفعًا، وإذا اشتراه بأكثر فذلك واضح أنه ربا نسيئة، وإن اشتراه بأقل ففيه البيع والسلف؛ لأنه إذا اشتراه بخمسة مثلا إلى أبعد من الأجل؛ فالعشرة التي يأخذها في الأجل بعضها ثمن للثوب، وبعضها سلف يرده بعد شهر[3].

٦- من اشترى سلعة، ثم سأله رجل أن يشركه فيها، فقال: أشركتك على أن تنقد عني، لم يجز ذلك، وهو بيع وسلف[4]؛ لأن قوله: (أشركتك) بيع منه للحصة، واشتراطه عليه دفع ثمن السلعة كاملا سلف، ولا يجوز بيع وسلف في صفقة.

---

(١) كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ٢/ ١٥٠.
وهناك صور كثيرة لما يؤول إلى بيع وسلف في معنى هذه الصورة، وهي مندرجةٌ تحت بيوع الآجال في مذهب مالك انظر المدونة ٤/٩٩، ١١٩، ١٢٨، النوادر والزيادات ٦/١٢٢- ١٢٣، ١٢٥.

(٢) مواهب الجليل ٤/ ٣٧٣.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٤/ ٣٩٨.

(٤) مواهب الجليل ٤/ ٤٨٦.

٧- الشخص إذا اشترى حمارًا بعشرة لأجل، ثم تقايل مع بائعه على ردِّه له وزيادة دينار نقدًا، فإنه لا يجوز، سواء كان الدينار المزيد من جنس الثمن، أو من غيره؛ لأنه بيع وسلف؛ لأن المشتري ترتَّب في ذمته عشرة دنانير، دفع عنها معجلا الحمار الذي اشتراه ودينارًا؛ ليأخذ من نفسه عند حلول الأجل عشرة، تسعة عوضًا عن الحمار وهو بيع، ودينارًا عن الدينار السابق وهو سلف(١).

د. نزيه حماد

* * *

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي ١٠٣/٥.

ضوابط باب الإقالة

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٥١

نص الضابط: الإِقَالَةُ فَسْخٌ أَوْ بَيْعٌ؟[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الإقالة بيع أو إبطال للملك بمجرد الإعراض؟[٢].

٢- الإقالة بيع إلا إذا تعذر جعلها بيعًا فتجعل فسخًا[٣].

٣- الإقالة في حق غير العاقدين بمنزلة البيع المبتدأ[٤].

٤- الإقالة فسخ قبل القبض، بيع بعد القبض[٥].

صيغ ذات علاقة:

- الإقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ[٦]. (أخص).

---

(١) الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٢٤٤.
وانظر: التمهيد لابن عبد البر ١٢/١٦٣، النوازل للوزاني ٥/٢٨٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٢، القواعد لابن رجب ص ٣٧٩.

(٢) الذخيرة للقرافي ٤/٤٤٣.

(٣) فتاوى قاضيخان ٢/١٢٨ عن أبي يوسف، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١١٩، ٤١٧.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٥/١٦٤- ١٦٥.

(٥) انظر: فتاوى قاضيخان ٢/١٢٨، حلية العلماء للشاشي ٥/٢٩٥، إبراز الضمائر للأزميري١/٢٤٤/أ.

(٦) إبراز الضمائر للأزميري ١/٢٥١.

شرح الضابط :

هذا الضابط أصل في باب الإقالة، وهي في اللغة رفع وإسقاط[١].

وفي اصطلاح الفقهاء: رفع ما تقدم ورد الأمر إلى ما كان عليه قبل العقد[٢].

وجواز الإقالة ثابت بالنقل والعقل، فمن النقل ما جاء في الحديث الشريف: «من أقال نادمًا بيعته، أقال الله تعالى عثراته يوم القيامة[٣]»، والعقل يقضي بأن من حق العاقدين أن يفسخا العقد إذا اقتضت المصلحة ذلك[٤].

وللفقهاء في تكييف الإقالة عدة اتجاهات يجمعها ثلاثة:

١- الإقالة فسخ.

٢- الإقالة بيع.

٣- الإقالة فسخ في حق العاقدين، وبيع جديد في حق غيرهما، وإليه ذهب أبو حنيفة[٥].

الاتجاه الأول: أن الإقالة فسخ، وإليه ذهب الشافعية - في الصحيح من المذهب - والحنابلة - في الأظهر - وهو قول محمد وزفر من الحنفية[٦]، وداود الظاهري، والزيدية[٧]، والإمامية[٨].

---

(١) انظر: أنيس الفقهاء للقونوي ٢١٢/١.

(٢) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٤٧/٣.

(٣) رواه أحمد ١٣/ ٤٠٠ (٧٤٣١)، وأبو داود ٤/ ١٦٨ (٣٤٥٤)، وابن ماجه ٢/ ٧٤١ (٢١٩٩)، والحاكم ٢/ ٤٥ من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٦٤/١- ١٦٥.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٦/٥.

(٦) تفصيل قولـه: إنها فسخ إلا أن لا يمكن أن تجعل فسخًا فتجعل بيعًا للضرورة. انظر: بدائع الصنائع ٣٠٦/٥.

(٧) تفصيل مذهبهم: إن الإقالة فسخ فيما عدا الشفعة. انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٣٧٥/٤.

(٨) انظر: المجموع للنووي (٢٣٩/٩)، والفروع لابن مفلح (١٢٤/٤)، وبدائع الصنائع ٣٠٦/٥، والمحلى لابن حزم ٤٨٤/٧، والبحر الزخار ٣٧٥/٤، وشرائع الإسلام للهذلي ٦٠/٢.

والمعنى في ذلك: أنه ينحل بها العقد في حق العاقدين وغيرهما، أي إن الإقالة تعد نقضًا للبيع، فالبائع يأخذ سلعته، والمشتري يسترد الثمن الذي دفعه في مقابلها، وعلى هذا لا يجري على الإقالة أحكام البيع، ولا يشترط لها شروط البيع من معرفة المقال فيه، والقدرة على تسليمه، وتميزه عن غيره[1].

الاتجاه الثاني: أن الإقالة بيع في حق العاقدين وغيرهما، وإليه ذهب المالكية[2]، وهو الوجه الثاني عند الشافعية والحنابلة، وقول أبي يوسف من الحنفية[3]، وابن حزم من الظاهرية، والإباضية، على المختار[4].

والمعنى في ذلك: أن البيع الأول ترتبت آثاره، فملك المشتري السلعة وملك البائع الثمن، وبالإقالة ينشئ العاقدان بيعًا جديدًا يملك به كل منهما ما عند صاحبه، فيملك المشتري الثمن، ويملك البائع السلعة، فعلى هذا يشترط في الإقالة شروط البيع من معرفة المقال فيه، والقدرة على تسليمه، وتميزه عن غيره[5].

الاتجاه الثالث: أن الإقالة فسخ في حق العاقدين، وبيع جديد في حق غيرهما، وإليه ذهب أبو حنيفة[6].

يعني: أن الإقالة في الشرع فسخ بالتراضي في حق العاقدين، بيع باتٌّ في حق ثالث من غير خيار للبائع، وهي في الحقيقة والمآل مبادلة المال بالمال

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص٣٨١.

(٢) تفصيل مذهب المالكية: إن الإقالة بيع إلا في الطعام والشفعة والمرابحة. انظر: الشرح الصغير للدردير ٢٠٩/٣.

(٣) تفصيل قوله: إنها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما إلا أن لا يمكن أن تجعل بيعًا؛ فتجعل فسخًا. انظر: بدائع الصنائع ٣٠٦/٥.

(٤) انظر: الشرح الصغير للدردير ٢٠٩/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٢، القواعد لابن رجب ص ٣٧٩، بدائع الصنائع ٣٠٦/٥، المحلى ٤٨٧/٧، شرح النيل لأطفيش ٢٢٤/٩.

(٥) انظر: القواعد لابن رجب ص٣٨١.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٣٠٦/٥.

بالتراضي، وبما أن الشفعة تجب بالإقالة، فلا مانع أن يكون الشفيع ثالثهما[١]، وذكر الإقالة هنا لا يستدل منه بأنها مختصة بالبيع، فهي كما تقع في البيع تقع أيضًا في غيره من العقود اللازمة[٢].

أدلة الضابط :

أدلة الاتجاه الأول : الإقالة فسخ :

١- عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعامًا فلا يبيعه حتى يقبضه ويستوفيه، إلا أن يُشرِكَ فيه أو يوليه أو يقيله»[٣].

وجه الدلالة : أن رسول الله ﷺ سماها إقالة، واتبعه المسلمون على ذلك، ولم يسمها بيعًا، فلا نسميها نحن بيعًا[٤].

٢- إن الإقالة في اللغة عبارة عن الرفع، يقال في الدعاء: (اللهم أقلني عثراتي): أي ارفعها، وفي الحديث: «من أقال مسلمًا بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة»[٥]، وعن النبي - عليه الصلاة والسلام - أنه قال: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في حد»[٦]، وإذا تعذر أن يحمل اللفظ على حقيقته فيحمل على ما يحتمله من المجاز[٧]، كما هو مقرر في الأصول.

---

(١) انظر: دستور العلماء للقاضي عبد رب النبي ١/١٠٥.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/١٣٠.

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٨/٤٩ (١٤٢٥٧).

(٤) انظر: المحلى ٧/٤٨٤.

(٥) رواه أحمد ١٣/٤٠٠ (٧٤٣١)، وأبو داود ٤/١٦٨ (٣٤٥٤)، وابن ماجه ٢/٧٤١ (٢١٩٩)، والحاكم ٢/٤٥ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي.

(٦) رواه أبو داود ٤/١٣٣ (٤٣٧٥)، وأحمد ٤٢/٣٠٠ (٢٥٤٧٤)، والنسائي في السنن الكبرى ٦/٤٦٨ (٧٢٥٣ - ٧٢٥٧) كلهم عن عائشة، رضي الله عنها.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣٠٦، تبيين الحقائق ٤/٤١٨.

٣- البيع والإقالة يختلفان اسمًا فيختلفان حكمًا، هذا هو الأصل، فإذا كانت الإقالة رفعًا فلا تكون بيعًا؛ لأن البيع إثبات، والرفع نفي، وبينهما تنافٍ، فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخًا محضًا، يظهر حكم ذلك في حق الناس كافة(١).

٤- ومما يؤكد كون الإقالة فسخًا، اتفاق الفقهاء على أن المشتري لا يرد الزيادة التي حصلت في المبيع إذا اتفق مع البائع على الإقالة(٢).

أدلة الاتجاه الثاني : الإقالة بيع :

١- عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه، إلا أن يُشرِك فيه أو يوليه أو يقيله»(٣).

وجه الدلالة : أن الإقالة في الحديث بيع استثني كما استثني غيره من جملة بيوع منهي عنها في الطعام المبيع قبل قبضه(٤).

٢- إن البيع عقد صحيح بالقرآن، والسنن، والإجماع المتيقن المقطوع به من كل مسلم على أديم الأرض كان أو هو كائن، فإذ هو كذلك باليقين؛ فلا يحل فسخ عقد صححه الله تعالى في كتابه، وعلى لسان رسوله ﷺ إلا بنص آخر، ولا نص في جواز فسخه بتراضيهما، إلا فيما جاء نص بفسخه، كالشفعة، وما فيه الخيار بالنص، فإذا كان الأمر كذلك، ولم يكن عند من أجاز الفسخ نص أصلا؛ فقد صح أن الإقالة بيع من البيوع بتراضيهما، يجوز فيها ما يجوز في البيوع، ويحرم فيها ما يحرم في البيوع(٥).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣٠٦.

(٢) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص١٥٤.

(٣) سبق تخريجه آنفًا.

(٤) انظر: المحلى ٧/٤٨٤- ٤٨٥.

(٥) انظر: المحلى ٧/٤٨٦- ٤٨٧.

٣- ولأن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل، وقد وجد؛ فكانت الإقالة بيعًا؛ لوجود معنى البيع فيها، والعبرة للمعاني دون الألفاظ المجردة[١].

أدلة الاتجاه الثالث: الإقالة فسخ في حق العاقدين، بيع في حق غيرهما:

أن الإقالة رفع لغة وشرعًا، ورفع الشيء فسخه، ولأن كل واحد يأخذ رأس ماله ببدل، وهذا معنى البيع إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في الفسخ في حق العاقدين للتنافي؛ فأظهرناه في حق الثالث؛ فجعل فسخًا في حقهما بيعًا في حق ثالث، وهذا ليس بممتنع، ألا ترى أنه لا يمتنع أن يجعل الفعل الواحد من شخص واحد طاعة من وجه ومعصية من وجه، فمن شخصين أولى[٢].

تطبيقات الضابط:

١- لو باعه جزءًا مشاعًا من أرضه ثم تقايلا، فإن قلنا: الإقالة فسخ؛ لم يستحق المشتري ولا من حدث له شركة في الأرض قبل المقايلة شيئًا من الجزء المشاع بالشفعة، وإن قلنا: هي بيع؛ تثبت له الشفعة[٣].

٢- الإقالة: هل تصح بعد موت المتعاقدين؟ فإن قلنا: هي بيع؛ صحت من الورثة، وإن قلنا: فسخ؛ فوجهان[٤].

٣- لو وهب الوالد لابنه شيئًا فباعه ثم رجع إليه بإقالة، فإن قلنا: هي بيع؛ امتنع رجوع الأب فيه، وإن قلنا هي فسخ؛ فوجهان، وكذلك

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣٠٦، تبيين الحقائق ٤/٤١٨، البناية للعيني ٦/٤٨٠.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٣٠٦، تبيين الحقائق ٤/٤١٨، البناية ٦/٤٨٠- ٤٨١.
(٣) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٨٢.
(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٨٣.

حكم المفلس إذا باع السلعة ثم عادت إليه بإقالة ووجدها بائعها عنده[١].

٤- لو حلف يمينًا على أنه لا يبيع ثم أقال، فإن قلنا: هي بيع؛ ترتبت عليها أحكامه من البر والحنث، وإلا فلا[٢].

٥- إذا تقايلا في عقود الربا، يجب التقابض في المجلس؛ بناء على أنها بيع، ولا يجب؛ بناء على أنها فسخ، وهو الأصح عند الشافعية[٣].

٦- تجوز الإقالة في المكيل والموزون بغير كيل ووزن إن قلنا: هي فسخ، وإن قلنا: هي بيع فلا[٤].

٧- لو تقايلا بعد تلف المبيع جاز إن قلنا: الإقالة فسخ، وهو الأصح - عند الشافعية - ويرد مثل المبيع أو قيمته، وإن قلنا: بيع فلا[٥].

استثناءات من الضابط:

استثنى الإمام مالك ثلاثة أشياء تكون الإقالة فيها فسخًا:

١- الإقالة في الطعام قبل قبضه؛ لأننا لو اعتبرنا الإقالة في الطعام بيعًا لكانت ممنوعة؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يقبض، فكان هذا مانعًا من اعتبار الإقالة بيعًا[٦].

٢- الإقالة في الأخذ بالشفعة، فمن باع نصيبًا له في شركة، ثم أقال

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٨٢.
(٢) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٨٢.
(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٢.
(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٧٩.
(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٢.
(٦) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٨٥.

مشتريه؛ فلا يعتد بتلك الإقالة، والشفعة ثابتة للشريك بالثمن الذي أخذ به المشتري الأول[١].

٣- الإقالة في بيع المرابحة، فمن أراد أن يبيع سلعة مرابحة، وكان قد باعها قبل ذلك، ثم رجعت إليه بالإقالة؛ فيجب عليه أن يبين ذلك[٢].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: مواهب الجليل ٤/٤٨٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٤/٤٨٦.

ضوابط باب السلم



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٥٢

نص الضابط: كُلُّ مَا أَمْكَنَ ضَبْطُ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِهِ جَازَ السَّلَمُ فِيهِ[1].

صيغ أخرى للضابط:

١- ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه، وما لا فلا[2].

٢- ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه[3].

٣- كل مال يضبط بالصفة يجوز السلم فيه[4].

شرح الضابط:

المراد بـ(صفة الشيء): هي العلامات القائمة بالشيء بحيث تميزه عن غيره، كالطول والقصر، وكون الشيء جيدًا أو رديئًا أو وسطًا، ونحو ذلك[5].

---

(١) الهداية للمرغيناني ٤/٥٤٣، البناية للعيني ٧/٤٧٥، فتح القدير لابن الهمام ٢/٢٤١، وانظر: عمدة القاري للعيني ١٢/٨٩.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١١١.

(٣) الهداية ٤/٥٤٣، البناية ٧/٤٧٦، وانظر: اختلاف الفقهاء للطبري ص١٢٦، وفي المنتقى للباجي ٤/٢٩٣ بلفظ «ما لا يضبط بصفة لا يجوز السلم فيه».

(٤) التجريد للقدوري ٥/٢٧٠٠.

(٥) انظر: سبل السلام للصنعاني ٢/٦٨- ٦٩.

و(السلم): هو بيع آجل بعاجل، أو مبادلة مال بمال - مما لا يجري فيه الربا- مع قبض أحد العوضين في المجلس، كمن يشتري من شخص سلعة على أن يدفع المشتري الثمن في الحال، ويسلم البائع السلعة في وقت لاحق متفق عليه بين العاقدين[١].

والسَّلَم في اصطلاح الفقهاء: عقد يُثبت الملك في الثمن عاجلا، وفي المُـثْمَن آجلا، ويسمى صاحب الثمن: (رب السلم والمسلِم)، ويسمى الآخر: (المسلَم إليه)[٢]، فالمـُسْلَم فيه هو أحد البدلين في عقد السلم، وهو دين محله ذمة المُسْلَم إليه[٣].

فهو إذًا يعتمد على وصف الشيء المبيع دون رؤيته، ومن هنا تبرز أهمية هذا الضابط في تحديد ما يجوز فيه السلم، وما لا يجوز، فلا يجوز السلم إلا فيما كان موصوفًا مضبوطًا ضبطًا ينفي الجهالة عن المسلم فيه، ويرفع المنازعة بين المتعاقدين، سواء كان هذا الضبط بوزن أو كيل أو نحوهما[٤].

وهذا الضابط يشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز[٥]، وقد قرره جمهور الفقهاء - من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، والإباضية - فلا خلاف بينهم في أن ما لا يمكن معرفة قدره بالوصف لا يجوز السلم فيه[٦].

---

(١) انظر: حاشية الشلبي ٤/ ١١٠، كشاف القناع ٣/٢٨٨- ٢٨٩.

(٢) حاشية الشلبي ٤/ ١١٠.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/ ١٢٧، بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٠٢، المغني لابن قدامة ٤/ ١٨٥.

(٤) اختلاف الفقهاء للطبري ص ١٢٥، عمدة القاري ١٢/ ٨٩.

(٥) انظر: العناية للبابرتي ٧/ ١١٣ ولفظه: هذه قاعدة كلية.... إلخ.

(٦) انظر: الهداية ٤/ ٥٤٣، التاج والإكليل للمواق ٦/ ٥٠٣، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/ ١٥، كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٢٨٩، المحلى لابن حزم ٨/ ٥٢، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/ ٣٩٩، الروضة البهية للعاملي ٣/ ٤٠٥، شرح النيل لأطفيش ٨/ ٦٤١.

وأما الظاهرية فاقتصروا على ما ورد به النص: «من أسلف[١] فلا يسلف إلا في كيل معلوم ووزن معلوم»، فرأوا أنه لا يجوز السلم إلا في مكيل أو موزون فقط[٢].

أدلة الضابط:

١- عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ: «من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[٣].

والضبط يكون بمعرفة قدره، وقد شرطه عليه السلام[٤].

٢- أن السلم دين، والدين لا يعرف إلا بالوصف، فإذا لم يكن هذا الدين مضبوطًا بالوصف؛ فإنه يكون مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة، وذلك لا يجوز كسائر الديون[٥]، لكن إذا ضبط لم يبقَ مانع من جوازه.

تطبيقات الضابط:

١- جميع المكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة، كالجوز والبيض يجوز السلم فيها[٦]؛ لأنها مما يمكن ضبط صفته، ومعرفة قدره.

٢- لا يجوز السلم في جلود الإبل، ولا البقر، ولا الغنم[٧]؛ لأنها مما لا يمكن ضبط صفته.

---

(١) السلف والسلم كلاهما بمعنى واحد عند الفقهاء.

(٢) انظر: المحلى ٣٩/٨.

(٣) رواه البخاري في مواضع، وهذا لفظه في ٨٥/٣ (٢٢٣٩)، ومسلم ١٢٢٦/٣-١٢٢٧ (١٦٠٤).

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١١١/٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٨/٥، تبيين الحقائق ١١١/٤، ٥٠٠.

(٦) انظر: مرشد الحيران ٧١/١.

(٧) انظر: الأم للشافعي ١٢٥/٣.

٣- يصح السلم في الحبوب والثمار والثياب والدواب[١]؛ لأنها مما يمكن ضبط صفته ومقداره.

٤- يصح السلم في الأواني[٢]؛ لأنها مما يمكن ضبط صفته ومقداره.

٥- المعدود المختلف كالفواكه المعدودة كرمان - لا يصح السلم فيه؛ لاختلافه[٣].

٦- لا يصح السلم في الجواهر واللآلئ والفصوص المختلفة غاية الاختلاف[٤].

٧- يصلح عقد السلم لتمويل عمليات زراعية مختلفة، حيث يتعامل المصرف الإسلامي مع المزارعين الذين يتوقع أن توجد لديهم السلعة في الموسم من محاصيلهم، أو محاصيل غيرهم التي يمكن أن يشتروها، ويسلموها إذا أخفقوا في التسليم من محاصيلهم[٥].

٨- يمكن تطبيق عقد السلم في تمويل الحرفيين، وصغار المنتجين الزراعيين، والصناعيين، عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات وآلات، أو مواد أولية كرأس مال سلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم وإعادة تسويقها[٦].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: حلية العلماء ٣٦٢/٤.
(٢) انظر: اختلاف الفقهاء للطبري ١٢٦/١.
(٣) انظر: حاشية ابن قاسم على شرح الروض المربع ٨/٥.
(٤) انظر: السيل الجرار للشوكاني ١٥٧/٣.
(٥) ضمن قرار مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق.
(٦) المرجع السابق.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٥٣

نص الضابط: يُمْتَنَعُ بَيْعُ الْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا يجوز بيع المُسْلَم فيه قبل قبضه[٢].

٢- لا يصح بيع المسلم فيه قبل قبضه[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- لا يجوز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه[٤]. (أعم).

٢- المثمن لا يجوز الاعتياض عنه، مبيعًا كان أو مُسْلَمًا فيه[٥]. (أعم).

٣- ما بذمة لا يباع قبل قبضه[٦]. (أعم).

---

(١) انظر: نهاية المطلب للجويني ٦/٥٠٤.

(٢) الشرح الكبير لابن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي على متن المقنع لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ٢/٣٤١، الإنصاف للمرداوي ٥/١٠٨.

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/٢٦٥.

(٤) البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٤٠٨.

(٥) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٢٤٨.

(٦) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨/٦٧ وفيه أيضًا ٨/٥٩ بتصرف: (لا يجوز بيع ما لم يُقبض من كل ما كان في ذمة الغير)، وفيه أيضًا ٨/٦٨ بتصرف: (بيع الدَّين منهي عنه وإن كان بنقد).

شرح الضابط :

الفقهاء في تقرير هذا الضابط على عدة أقوال بيانها كالتالي:

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء - من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والثوري، وأبو ثور، وإسحاق - إلى أنه لا يجوز لرب السلم بيع المسلم فيه قبل قبضه ممن هو في ذمته، ولا من غيره، قبل حلول أجله أو بعده، بثمن معجل أو مؤجل[(١)]، وعلى مذهب هؤلاء جرى الضابط الذي بين أيدينا.

القول الثاني : وافق المالكية أصحاب القول الأول على عدم الجواز إذا كان دَين السَّلم طعامًا؛ جريًا على الضابط كذلك، وخالفوهم في بعض التفصيلات والتقييدات والاستثناءات فيما إذا كان عَرْضًا غير طعام[(٢)]، ومن ذلك ما يلي:

١- **قال المالكية** : إذا أسلم في غير طعام، جاز لرب السَّلم أن يأخذ شيئًا غيره، إذا قبض الجنس الآخر مكانه، فإنْ تأخر القبض عن العقد، لم يجز؛ لمصيره إلى الدين بالدين[(٣)]، وقد جاء في (الموطأ): «قال مالك: من سلف ذهبًا أو ورقًا في حيوان أو عَرَض، إذا كان موصوفًا إلى أجل مسمى، ثم حل

---

(١) حاشية الطحطاوي ١٢٣/٣، بدائع الصنائع ٢١٤/٥، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٠٥/٢، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٨٢/٢، ٨٤، نهاية المطلب للجويني ٢١/٦، ٥٣، المغني لابن قدامة ٤١٥/٦- ٤١٦، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٢٢/٢، المحلى لابن حزم ٥٠٣/٨، البحر الزخار لابن المرتضى ٤٠٨/٣، السيل الجرار للشوكاني ١٦٠/٣.

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٧٤، عقد الجواهر الثمينة ٥٦٣/٢، الموطأ مع المنتقى ٣٢/٥، بداية المجتهد ٢٠٥/٢.

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٧٤، وانظر الاستذكار (مطبوع ضمن موسوعة شروح الموطأ ١٧/١٠٧-١٠٨) وقال القاضي عبد الوهاب: «وأما في غير الطعام، فيجوز، كأن أسلم إليه في عشرة أثواب قَصَب بصفة معلومة وغَزْل معروف، فلمّا حلّ الأجل، رجع إليه عنها شيئًا من غير جنسها، مثل الطعام أو الحيوان، فإنه يجوز؛ لأنه بيع للثياب المسْلَم فيها قبل قبضها، وذلك جائز - بخلاف الطعام - وهذا إذا قبض الشيء الذي ينتقل إليه، فإن لم يقبضه، وكان في ذمة المسْلَم إليه، لم يجز؛ لأنه يصير دينًا بدين» المعونة ٩٩٢/٢.

الأجل، فإنه لا بأس به أن يبيع المشتري تلك السلعة من البائع، قبل أن يحل الأجل، وبعد ما يحل بعَرْض من العروض يعجله، ولا يؤخره، بالغًا ما بلغ ذلك العَرْض، إلا الطعام؛ فإنه لا يحل بيعه حتى يقبضه»[1].

٢ - ذهب المالكية إلى أنه يجوز لرب السلم بيع العَرْض المُسْلَم فيه - غير الطعام - قبل قبضه من بائعه بمثل الثمن الذي أسلم إليه فيه (أي رأس مال السلم) أو أقلّ، معجلا غير مؤجل، عند مَحِل الأجل أو قبله أو بعده، كما إذا أسلم إليه ألف ريـال في طن من القطن أو الصوف أو الحديد، فيجوز له أن يبيعه المُسْلَم فيه بألف ريال معجل أو أقلّ؛ لأنه يتهم في الأكثر بسلف جرَّ منفعة، وهو محظور شرعًا[2].

٣- **قال المالكية**: «يجوز بيع العَرْض المـُسْلَم فيه - غير الطعام - من غير بائعه بالمثل أو أقل أو أكثر، يدًا بيد، ولا يجوز بالتأخير للغرر؛ لأنه انتقال من ذمة إلى ذمة»[3].

جاء في (الموطأ): «قال مالك: من سلف ذهبًا أو ورِقًا في حيوان أو عَرْض إذا كان موصوفًا إلى أجل مسمى، وللمشتري أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبها الذي ابتاعها منه بذهب أو وَرِق أو عَرْضٍ من العروض، يقبض ذلك ولا يؤخره؛ لأنه إذا أخّر ذلك قَبُحَ، ودخله ما يكره من الكالئ بالكالئ[4]»[5].

---

(١) الموطأ ٢/٦٥٩.

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٧٤، الكافي لابن عبد البر ص ٣٤٢.

(٣) القوانين الفقهية ص٢٧٤، وانظر: الاستذكار (ضمن موسوعة شروح الموطأ ١٧/١٠٧- ١٠٨)، وقد جاء في الكافي ص ٣٤٢: «وأما بيع ما سلّمتَ فيه من العروض كلها من غير بائعها، فلا بأس به قبل قبضه عند أجله أو قبل أجله، بما شئت من الثمن كله، بمثل نقدك أو أكثر وزنًا، أو أجود عينًا، أو أقل وزنًا، أو أدنى عينًا، أو بما شئت من العروض كلها».

(٤) رواه الحاكم في المستدرك ٢/٦٥ (٢٣٤٢) وصححه ووافقه الذهبي، ٢/٦٦ (٢٣٤٣)، والدارقطني في سننه ٤/٤٠ (٣٠٦٠)، (٣٠٦١)، وابن أبي شيبة في المصنف ٤/٤٦١ (٢٢١٢٧)، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/٤٧٤ (١٠٥٣٦-١٠٥٤٠)، وفي الصغير ٢/٢٤٧ (١٨٨٢)، ومعرفة السنن والآثار ٨/٥٢ (١١٠٩٨)، ٤/٢١ (٥٥٥٤) من حديث ابن عمر، رضي الله عنهما.

(٥) الموطأ ٢/٦٥٩.

القول الثالث: ذهب الإمامية إلى أنه يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه بعد حلول أجله، لا قبله، ممن هو عليه أما بيعه من غيره، فيجوز عندهم مع الكراهة[١].

أدلة الضابط:

١- ما روى أبو سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال: «مَن أَسْلَم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[٢]؛ حيث دلَّ على حظر بيع دين السَّلَم ممن عليه الدَّين ومن غيره قبل قبضه.

٢- ما روى ابن عباس، وابن عمر، رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ أنه: «نهى عن بيع الطعام قبل قبضه»[٣]، ويقاس على الطعام غيره.

٣- ما ثبت عن النبي ﷺ أنه: «نهى عن ربح ما لم يُضْمَن»[٤]، قال القاضي ابن العربي: «وأما ربح ما لم يُضمن، فإنما لم يحلّ؛ لأن بيعه لا يجوز؛ لأن ما لم يُضمن: إمّا لأنه لم يُملَك، فيكون من بيع ما ليس عندك، وإمّا لأنه غير مقدور على تسليمه، فيكون من باب الغرر والمخاطرة»[٥]، وعليه فإن من أدلة هذا الضابط: ضابط: «لا يحل لأحد بيع ما ليس عنده»، وأدلته.

---

(١) الخلاف للطوسي ٥٤٨/١.

(٢) رواه أبو داود ٢٧٦/٣ (٣٤٦٨)، وابن ماجه ٧٦٦/٢ (٢٢٨٣).
قال الحافظ ابن حجر (التلخيص الحبير ٢٥/٣): وفيه عطية بن سعد العوفي، وهو ضعيف، وأعله أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان بالضعف والاضطراب.

(٣) رواه البخاري ٦٧/٣ (٢١٢٦)، ومسلم ١١٦٠/٣ (١٥٢٦) من حديث عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما، ولفظه: «من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه».

(٤) رواه أحمد ٢٠٣/١١ (٦٦٢٨) وفي مواضع أخر، وأبو داود ١٨٢/٤ (٣٤٩٨)، والترمذي- وقال الترمذي: حديث حسن صحيح- ٥٣٥/٣- ٥٣٦ (١٢٣٤)، والنسائي ٢٩٥/٧ (٤٦٣١) عن عبدالله بن عمر بن العاص، رضي الله عنهما، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يُضْمن».

(٥) انظر: معونة أولي النهى ٢٩٥/٤، وانظر: المغني ٤١٥/٦، الشرح الكبير على المقنع ٢٩٣/١٢.

٤- ولأنه وإنْ كان موصوفًا في الذمة، فهو كالمبيع في كونه مقصودًا، وإذا امتنع التصرف في المبيع قبل القبض مع فَرْض توفير الثمن، فالمُسْلَم فيه، وهو في الذمة لم يتحصَّلْ بعد، أولى بالمنع[١].

٥- ولأنه مبيع لم يدخُل في ضمانه، فلم يجز بيعُه، كالطعام قبل قبضه، ولأنه مضمون على المسلم إليه بعقد السَّلم، فلم يجز التصرفُ فيه قبل قبضه، كما لو كان في يد المشتري[٢].

٦- ولأنَّ دين السلم، وإنْ كان لازمًا، فهو غير مستقرٍّ[٣]؛ لأنه بصدد أن يطرأ انقطاع المسلم فيه، فينفسخ العقد؛ فلم يجز بيعُه قبل القبض كالعين المبيعة قبل استيفائها[٤].

تطبيقات الضابط:

١ - لا يجوز أن يستبدل بالمُسْلَم فيه قبل قبضه جنس آخر؛ لأن الاستبدال بيع، والمسلم فيه لا يجوز بيعه قبل قبضه[٥].

٢- إذا أَسْلَم زيد إلى عمرو في طعام، فلما حَلَّ الأَجَل، باع زيد الطعام الذي له في ذمة عمرو من خالد قبل قبضه، فإنَّ هذا لا يصح[٦]؛ لأن بيع المسلم فيه قبل قبضه ممتنع.

---

(١) نهاية المطلب ٢١/٦.

(٢) معونة أولي النهى ٢٩٥/٤، وانظر: المغني ٤١٥/٦، الشرح الكبير على المقنع ٢٩٣/١٢.

(٣) قال السيوطي: «معنى الاستقرار في الديون اللازمة من الجانبين: الأَمْن من فسخ العقد بسبب تعذر حصول الدين المذكور؛ لعدم وجود جنسه، وامتناع الاعتياض عنه، وذلك مخصوص بدين السلم دون بقية الديون» الأشباه والنظائر ص ٣٢٦.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٦.

(٥) حاشية الطحطاوي على الدر ١٢٣/٣، وانظر: بدائع الصنائع ٢١٤/٥.

(٦) البيان للعمراني ٤٤٤/٥.

٣- مَن أسلم في طعام، لم يجز أن يأخذ عنه غير طعام، ولا أن يأخذ طعامًا من جنس آخر، سواء كان ذلك قبل الأجل أو بعده؛ لأنه من بيع المسلم فيه قبل قبضه، وهذا لا يجوز(١).

٤- لا يجوز لرب مال السلم أن يشرك في المسلم فيه قبل القبض شريكًا؛ لأن الإشراك تمليك مثل ماملكه بمثل نصف ما ملك به، فهو نوع بيع، وبيع المسلم فيه قبل قبضه لا يصح(٢).

٥- لا يجوز لرب مال السلم التولية في المسلم فيه قبل قبضه؛ لأن التولية تمليك ما يملك بمثل ما ملك، فهي نوع من البيع، وبيع المسلم فيه قبل قبضه لا يجوز(٣).

استثناءات من الضابط :

١- قال الشافعية: لو ضَمِن شخص دَيْن السَّلم، وأراد ربُّ السَّلم الاعتياض عنه بغير جنسه أو نوعه، فيجوز ذلك؛ لأنه صار دَيْن ضمان لا دين سلم، والثابت في ذمة الضامن نظير المسلم فيه لا عينه(٤).

٢- قال ابن القيم: إذا كان الدين في ذمة المسلم إليه، فاشترى (أي ربُّ السلم) به شيئًا آخر في ذمته، فقد سقط الدَّين من ذمته، وخلفه دين آخر واجب، فهذا من باب بيع الساقط بالواجب، فيجوز كما يجوز

---

(١) القوانين الفقهية ص ٢٧٤، وانظر: الكافي لابن عبد البر ص ٣٤٢.
(٢) المبسوط للسرخسي ١٢/١٦٣- ١٦٤.
(٣) المبسوط للسرخسي ١٢/١٦٣- ١٦٤.
(٤) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٤/٢١٤، حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٢٤٨.

بيع الساقط بالساقط في باب المقاصة[١].

٣- ذهب أحمد في رواية عنه، صححها ابن تيمية وتلميذه ابن القيم - وهو قول ابن عباس، رضي الله عنه - إلى جواز أخذ عوض معجل عن دين السلم قبل قبضه ممن هو في ذمته بقَدْر قيمته وقت الاعتياض أو دونها، لا أكثر منها[٢]، قال ابن عباس: إذا أسلفت في شيء إلى أجل، فإنْ أَخَذْتَ ما أسلفْتَ فيه، وإلا فَخُذْ عوضًا أنقص منه، ولا تربح مرتين[٣].

وعلل ابن تيمية تصحيح الجواز بأنَّ: «الاعتياض عما في الذمة من جنس الاستيفاء، وفائدته سقوط ما في ذمته عنه، لا حدوث مِلْك له؛ فلا يُقاس هذا بهذا»[٤].

(١) إعلام الموقعين ٣/٣٥٢.

(٢) التهذيب لابن القيم ٥/١١٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٥١٠-٥١٦.

وقد جاء في مختصر الفتاوى المصرية ص ٣٤٥: «إذا أسْلَفَ في حنطة فاعتاض عنها شعيرًا، ففيه قولان، هما روايتان، أصحهما الجواز، إذا كان بسعر الوقت أو أقل وهو مروي عن ابن عباس»، وجاء في مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٥١٨- ٥١٩ أنه «سُئل عن الرجل يُسْلِمُ في شيء، فهل له أن يأخذ من المسلم إليه غيره؟ كمن أسلم في حنطة، فهل له أن يأخذ بدلها شعيرًا، سواء تَعَذَّر المـُسْلَم فيه أم لا ؟ فأجاب: إنَّ في المسألة قولين (أحدهما) أنه لا يجوز الاعتياضُ عن دين السلم بغيره، كما هو مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه (والثاني) يجوزُ الاعتياضُ عنه إذا كان بسعر الوقت أو أقل»، ثم قال: «والقولُ الثاني أصح، وهو قول ابن عباس، ولا يُعرف له في الصحابة مخالف»، وجاء فيه أيضًا ٢٩/٥١٥- ٥١٦: «وإذا كان الأمر كذلك، فدينُ السَّلم وغيره من الديون إذا عُوِّض عنه بمكيل، وَجَبَ قبضُه في مجلس التعويض، وكذلك الموزون إذا عُوِّضَ عنه بموزون، مثل أن يُعَوِّضَ عن الحرير بقطن أو كتان فإذا بيعَ المكيلُ بالمكيلِ بيعًا مطلقًا، بحيث لا يُقبض العوضُ في المجلس لم يجز، بخلاف ما إذا بيع بحيوان أو عقار، فإنَّ هذا لا يُشترط قبضُه في المجلس في أصح الوجهين وهو المنصوص عليه، فكلام أحمد يُخَرَّج على هذا».

(٣) تهذيب مختصر سنن أبي داود لابن القيم ٥/١١٣.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٥١٢.

٤- ذهب أحمد في رواية عنه، صححها ابن تيمية وابن القيم، إلى جواز بيع دين السلم من غير مَن هو عليه إذا انتفى غرر عدم القدرة على التسليم إلى المشتري[1].

أ.د. نزيه حماد

* * *

(١) جاء في الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ١٣١: «ويجوز بيع الدين في الذمة من الغريم وغيره، ولا فرق بين دين السَّلم وغيره وهــو روايـة عن أحمد» وجاء في (مجموع فتاوى ابن تيمية) ٥٠٦/٢٩: «فمذهب مالك أنه يجوزُ بيعُ دين السلم من غير المستسلف، كما يجوز عنده بيعُ سائر الديون من غير مَنْ هي عليه، وهذا أيضًا إحدى الروايتين عن أحمد نصَّ عليه في مواضع بيع الدين من غير مَن هو عليه، وهذا القولُ أصح، وهو قياس أصول أحمد؛ وذلك لأنَّ دين السلم مبيع». وانظر: إعلام الموقعين ٣/٤.

ضوابط باب الصرف

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٥٤

نص الضابط: القَبْضُ فِي الصَّرْفِ مُعْتَبَرٌ لِلُزُومِهِ وَاسْتِمْرَارِهِ، لَا لانْعِقَادِهِ وَإِنْشَائِهِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- القبض في مجلس الصرف شرط لصحته[٢].

٢- التقابض في الصرف شرط لبقاء العقد لا لانعقاده[٣].

٣- التقابض في الصرف شرط الجواز لا شرط الانعقاد[٤].

٤- القبض شرط لانعقاد الصرف[٥].

٥- القبض في الصرف شرط لانعقاد العقد لا لدوامه[٦].

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧١، المنثور للزركشي ٢/٤٠٨.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٥٤.

(٣) الجوهرة النيرة لأبي بكر العبادي ١/٢٢٢.

(٤) الجوهرة النيرة ١/٢٢٢.

(٥) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢١٠- ٢١١، القواعد لابن رجب ص ٧١، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٣٩٢.

(٦) انظر: القواعد لابن رجب ص ٤٢٣.

صيغ ذات علاقة :

١- قبض كل شيء بحسبه على ما جرت العادة فيه[١]. (أعم).

٢- ما دار بين أن يكون استيفاء وصرفًا يجعل استيفاء[٢]. (أعم).

٣- ابتداء عقد الصرف بما في الذمة جائز[٣] . (مكمل).

شرح الضابط :

(القبض) لغة: الأخذ[٤]، واستعمله الفقهاء بمعنى حيازة الشيء، والتمكن منه، والاستيلاء عليه استيلاء يمكن القابض من التصرف في المقبوض بلا مانع[٥]، بحيث يكون الشيء في قبضة الإنسان وتحت سيطرته[٦].

و(الصرف) في اللغة يطلق على عدة معانٍ منها: رد الشيء عن وجهه، وإنفاقه، وبيعه[٧]، وفي اصطلاح الفقهاء: هو اسم لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض، وهو بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، وأحد الجنسين بالآخر[٨]، وقد ألحق جماهير الفقهاء في المجامع الفقهية النقود التي يتعامل بها الناس بالذهب والفضة في إجراء أحكام الصرف عليها.

---

(١) شرح الزركشي على متن الخرقي ١٠٨/٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤٣/٥، وانظره بلفظ: «الأصل أن الصلح عن الدين إذا دار بين أن يكون استيفاء وصرفًا فإنه يجعل استيفاء»في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) الفروق للكرابيسي ١٠٢/٢.

(٤) لسان العرب ٢١٣/٧.

(٥) بدائع الصنائع ١٤٨/٥، الرسائل العشر للطوسي ص ٢٧٩.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ١٤٨/٥، البحر الرائق ٢٦٨/٥.

(٧) انظر: المصباح المنير ص ٣٣٨، معجم مقاييس اللغة ٣٤٢/٣- ٣٤٣.

(٨) انظر: بدائع الصنائع ٢١٥/٥، شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص ٢٤١، حاشية البجيرمي على الخطيب ٢٤/٣، المغني ٥٤/٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٧٣/٢، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٨٥/٤، شرح النيل لأطفيش ٦٠٣/٨، الروضة البهية للعاملي ٣٧٤/٣.

والمقرر شرعًا في باب العقود: أن الأصل في قبض الأشياء المعقود عليها: أن يرجع فيه إلى ما تعارف عليه الناس واعتادوه، كل شيء بما يناسبه وما يليق به، فالقبوض تختلف في الأشياء بحسب اختلافها في أنفسها، وبحسب اختلاف عادات الناس فيها[١]، فمنها ما يكون قبضه باليد مناولة، كالنقود والثياب والحلي ونحوه مما يسهل أخذه باليد، ومنها ما يكون بالنقل، كالأحجار والدواب والأثاث والمركبات، ومنها ما يكون بالتخلية، كالأرض والدور والأشجار[٢]، بحيث يكون الشيء في قبضة الإنسان وتحت سيطرته[٣].

وهذا الضابط الذي بين أيدينا أصل في عقد الصرف، وهو يقرر أن اشتراط قبض البدلين في مجلس العقد شرط لصحة عقد الصرف، وعليه إذا تفرق المتعاقدان قبل القبض بطل الصرف؛ لفوات شرطه، وهو القبض[٤]، وحكى بعض العلماء الإجماع على هذا المعنى[٥].

وفي اشتراط القبض الحقيقي في عقد الصرف تحقيق لجملة من المقاصد، والحكم الشرعية، من أهمها أن الشارع الحكيم حرم التفريق في عقد الصرف قبل القبض؛ لئلا يتخذ ذريعة إلى التأجيل الذي هو أصل باب الربا، فحماهم الشارع الحكيم من قربان الربا باشتراط التقابض في الحال[٦].

وهذا الضابط مقرر لدى عامة الفقهاء، مرعي عندهم فيما أوردوه من

---

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١٣٢/٧، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ٤٩٦/٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٤٤/٥، المنتقى ٢٨٣/٤، المجموع ٣٣٤/٩، المغني ٩٠/٤، شرح منتهى الإرادات ٦٣/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٤٨/٥، البحر الرائق ٢٦٨/٥.

(٤) انظر: المغني ٥٤/٤.

(٥) انظر: الإجماع لابن المنذر ص ٩٢.

(٦) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ١٢٣/٣.

تطبيقات، مع اختلاف بينهم في بعض أفرع الضابط وعلائقه، وبيان ذلك فيما يلي:

١- اختلف الفقهاء بعد الاتفاق على معنى الضابط، هل القبض شرط لانعقاد الصرف صحيحًا، أو هو شرط لبقاء الصرف صحيحًا؟ ولهم في هذا اتجاهان:

الاتجاه الأول: يرى أن القبض شرط لبقاء عقد الصرف صحيحًا، لا شرط لانعقاده، فإن تفرق المتصارفان قبل القبض بطل، فلولا أنه منعقد ما بطل بالافتراق(١)؛ وبناء على ذلك فإنه لا بد من قبض العوضين في المجلس الذي يتم فيه الصرف، يعني لبقاء العقد، فإن افترقا قبل قبض العوضين، أو قبض أحدهما، بطل العقد؛ لفوات شرط البقاء، وهذا هو الصحيح المختار في مذهب الحنفية، وإليه ذهب أكثر الحنابلة(٢).

الاتجاه الثاني: أن القبض شرط لانعقاد الصرف، بمعنى: أنه يلزم من عدم القبض عدم انعقاد الصرف، وهذا هو القول الثاني عند الحنفية، وبه قال القاضي أبو يعلى والمجد ابن تيمية، وحفيده شيخ الإسلام ابن تيمية من الحنابلة، ومما أورد عليه أنه حينئذ لا بد من اقتران القبض، أو التقدم على عقد الصرف، والحقيقة أن القبض متأخر عنه؛ فكان حكمًا له لا شرطًا، وقد أجيب عنه: بأن وجود القبض في المجلس جُعِل مقارنًا للعقد حكمًا(٣).

يقول ابن تيمية مؤيدًا لهذا القول: التحقيق في عقود الربا إذا لم يحصل فيها القبض أن لا عقد، وإن كان بعض الفقهاء يقول: بطل

---

(١) انظر: البحر الرائق ٦/٢١٠- ٢١١.

(٢) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ٧/١٣٨، القواعد لابن رجب ص ٧١.

(٣) انظر: البحر الرائق٦/٢١٠-٢١١، القواعد لابن رجب ص٧١، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٣٩٢.

العقد، فهو بطلان ما لم يتم، [لا][١] بطلان ما تم[٢].

وثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذا الأمر تظهر فيما إذا تبين الفساد فيما هو صرف، فهل يفسد فيما ليس بصرف؟ فعلى القول الثاني يتعدى الفساد، وعلى الأول لا يتعدى[٣].

ويمكن التمثيل لهذا: بما إذا صرف الرجل من الرجل ذهبًا بدراهم فضة مثلا، فوجد فيها درهمًا زائفًا، فإن كان زاف من قبل السكة أو قبح الفضة، فلا بأس على المشتري أن يقبله، وله رده، فإن رده رد البيع كله؛ لأنها بيعة واحدة[٤]، وهذا قول الشافعي.

٢- يجزئ القبض في مجلس الصرف، وإن طال المجلس؛ وعلى ذلك لو تماشيًا مصطحبين إلى منزل أحدهما مثلا، أو إلى الصراف، فتقابضا عنده، جاز؛ لأنهما لم يفترقا قبل التقابض، فأشبه ما لو كانا في سفينة أو سيارة، وهي تسير بهما، ومما يؤيد هذا حديث أبي برزة الأسلمي في قوله، للذين مشيا إليه من جانب العسكر: «وما أراكما افترقتما»[٥]، وبهذا كله قال الحنفية والشافعية والحنابلة[٦].

وخالفهم المالكية، فرأوا أنه متى فصل بين قبض العوضين طول مجلس، والخروج من أمر إلى أمر غيره، ومن الصرف إلى الإعراض عنه والاشتغال بغيره، فإن ذلك كله غير جائز؛ لحديث عمر بن

---

(١) سقطت من النسخة المطبوعة، لا يستقيم المعنى بدونها، وهي مثبتة في النص المنقول عن ابن تيمية في كتاب القواعد لابن رجب ص ٧٢.
(٢) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/ ٣٩٢.
(٣) انظر: البحر الرائق ٦/ ٢١٠- ٢١١.
(٤) انظر: الأم للشافعي ٣/ ٣١.
(٥) رواه أبو داود في سننه ٣/ ٢٧٣ (٣٤٥٧).
(٦) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢١٥، تكملة المجموع للسبكي ١٠/ ٨٩، كشاف القناع ٣/ ٢٦٦ ط، دار الفكر.

الخطاب - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «الوَرِق بِالذَّهَب ربًا إلا هاء وهاء»[١]، ولأن هذا صرف تأخر القبض فيه عن العقد، فوجب أن لا يصح، كما لو قاما من مجلسهما[٢].

٣- إذا حصل التقابض الحقيقي في بعض الثمن دون بعضه، وافترق المتصارفان، فإن عقد الصرف باطل فيما لم يقبض، وفيما يقابله من العوض لدى عامة الفقهاء، بينما اختلفوا فيما حصل فيه التقابض على رأيين؛ بناء على أحكام تفريق الصفقة:

الأول: صحة العقد فيما قبض، وبطلانه فيما لم يقبض، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية، وهو قول عند المالكية، ووجه عند الحنابلة

الثاني: بطلان العقد في الكل، وهو قول عند المالكية، ووجه آخر عند الحنابلة[٣].

٤- إذا كان لشخص في ذمة آخر ذهب أو فضة أو نقود من عملة معينة، كالريال والجنيه مثلا، فإنه يجوز لهذا المدين أن يصرفه من دائنه بنقد آخر أو عملة أخرى بشرط أن يكون بسعر يومها، وهو ما يسمى بالاستبدال، وهو قبض حكمًا لعدم تصور القبض الحسي فيه، فكان القبض فيه بقبض بدله[٤]، وهو جائز في قول أكثر أهل العلم[٥]؛ لما

---

(١) رواه البخاري ٣/٧٣ (٢١٧٠)، ومسلم ٣/١٢٠٩-١٢١٠ (١٥٨٦) من حديث عمر بن الخطاب، رضي الله عنه.

(٢) انظر: المنتقى للباجي ٤/٢٧٢- ٢٧٣.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣٨ ط/ دار الكتاب الإسلامي، مواهب الجليل للحطاب ٤/٣٠٦ ط/ دار الفكر، نهاية المحتاج للرملي ٣/٤١٢ ط/ مصطفى البابي الحلبي، كشاف القناع ٣/٢٦٦.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤/٢-٣، بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٣٤، ٢٣٥.

(٥) ومنع منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة، وروي ذلك عن ابن مسعود، وبه قال الشافعية ورواية للحنابلة؛ لأن القبض الحقيقي شرط في الصرف وقد تخلَّف. انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٨٤، المغني ٤/٥١- ٥٢، المنثور للزركشي ٢/٤٠٧.

روي عن ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيت النبي ﷺ في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك: إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء»[١]، ولأن المطلوب في الصرف المناجزة، وصرف ما في الذمة أسرع مناجزة من صرف المعينات؛ لأن صرف ما في الذمة ينقضي بنفس الإيجاب والقبول والقبض من جهة واحدة، وصرف المعينات لا ينقضي إلا بقبضهما معًا، فهو معرض للعدول، فصرف ما في الذمة أولى بالجواز[٢].

٥- لو كان لرجل على رجل نقود من الريالات مثلا، وللآخر عليه دراهم، فاصطرفا بما في ذمتهما، وهو ما يسمى بتطارح الدينين، فإنه يجوز لهما ذلك؛ لتعذر القبض الحسي، ولأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة[٣]، وبه قال الحنفية، وأجازها المالكية أيضًا على المشهور في المذهب بشرط أن يكون الدينان حالين[٤].

٦- جريًا على ما هو مقرر شرعًا أن قبض كل شيء بحسبه باعتبار العرف

---

(١) رواه أحمد ٩/٣٩٠(٥٥٥٥)، ١٠/٣٥٩(٦٢٣٩)، وأبو داود ٣/٢٥٠(٣٣٥٤)، ٣/٣٩٣ (١٩٨٠)، والترمذي ٣/٥٣٦ (١٢٤٢)، والنسائي ٧/٢٨١ (٤٥٨٢)، (٤٥٨٣)، ٧/٢٨٣ (٤٥٨٩)، وابن ماجه ٢/٧٦٠ (٢٢٦٢)، والدارمي ٣/١٦٨١ (٢٦٢٣).

(٢) انظر: شرح الآبي على صحيح مسلم ٤/٢٦٤.

(٣) انظر: المغني ٤/٥١.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٤/١٤٠، التاج والإكليل للمواق ٦/١٤٠- ١٤١.

السليم[1]، والعوائد المتبعة[2]، جاز أن يدفع العميل للمصرف المالي مبلغًا من النقود بعملة ما، كريالات سعودية على أن يسجله المصرف لحساب العميل الخاص بعملة أخرى، كدولارات أمريكية، ويعطيه بذلك إيصالا، وكذلك جواز عملية تحويل النقود المباشرة؛ لأن أخذ القيد في البنك وأخذ العميل ورقة القيد، أو التحويل وتثبيت المقدار المحول بمثابة قبضه عُرْفًا.

أدلة الضابط:

١- عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ قال: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء»[3].

هذا النص يدل دلالة واضحة على اشتراط قبض البدلين في عقد الصرف قبل افتراق المتعاقدين[4].

٢- انعقد الإجماع على اشتراط القبض في الصرف؛ يقول ابن المنذر: أجمعوا أن المتصارفين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد[5].

٣- لأن ملك البدل في عقد الصرف غير تام فأشبه التصرف في ملك الغير[6].

---

(١) انظر: القبض، صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها للقره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي السادسة، المجلد الأول ص ٥٣٠، ٥٥٥، ٦٣٤.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ٢٦/٣، شرح الخرشي على مختصر خليل ٣٨/٤، الفواكه الدواني ٣٥/٢، طرق القضاء لأحمد إبراهيم بك ص ٤٣٢.

(٣) سق تخريجه آنفًا.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢١٥/٥.

(٥) انظر: الإجماع لابن المنذر ص ٩٢.

(٦) انظر: مطالب أولي النهى ١٤٩/٣.

تطبيقات الضابط :

١- إذا أراد شخص أن يستبدل بذهب عنده فضة أو العكس، فإنه لا بد من التقابض في مجلس العقد، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، كما تقدم في الشرح.

٢- التفريق عن المجلس لو طرأ على عقد الصرف قبل القبض أبطله[١]؛ لأن القبض في مجلس الصرف شرط لصحته.

٣- لو باع شخص دينارًا بدراهم، واشترى بها قبل قبضها ثوبًا، فسد بيع الثوب؛ بناء على ما قرره الحنفية[٢].

٤- لو باع إناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا، صح فيما قبض، والإناء مشترك بينهما - يعني: إذا باعه بفضة أو ذهب – لأنه صرف، وهو يبطل بالافتراق قبل القبض، فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض، ولا يشيع؛ لأنه طارئ، وهذا ما قرره فقهاء الحنفية[٣].

٥- من التطبيقات الفقهية المعاصرة: يجوز شراء الذهب والفضة بالشيكات المصدقة، على أن يتم التقابض بالمجلس[٤].

٦- إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل؛ فإنه يقوم القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي، شرعًا وعرفا[٥].

---

(١) الفروق للكرابيسي ٢/١١٠.

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٥/٢٢٠.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٤/١٣٨.

(٤) انظر: قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع في دولة الإمارات العربية المتحدة (أبو ظبي) في الفترة من ١- ٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ الموافق ٦ نيسان (أبريل) ١٩٩٥م مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع ص ٦٥.

(٥) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية=

٧- يمكن تخريج بعض الفروع والمسائل المستجدة التي يجري بها التعامل في المصارف وبيوت التمويل المعاصرة، بناء على ما تقدم، ومنها[١]:

أ- إذا كان للعميل حساب لدى مصرف بعملة ما، كالريالات مثلا، فأمَرَ المصرفَ بقيد مبلغ منه في حسابه بعملة أخرى؛ بناء على عقد صرف ناجز تم بينه وبين المصرف، واستيفاء المبلغ الذي اشترى به من حسابه؛ فيعتبر القيد المصرفي المعجل بالعملة المشتراة قبضًا حكميًّا من قبل العميل الآمر، ويعتبر الاقتطاع الناجز من قبل المصرف للبدل من حساب العميل قبضًا حكميًّا له من المصرف، ويعد مجموع ذلك بمثابة التقابض بين البدلين في الصرف، وإن اتحدت يد القابض والمقبض حسًّا.

ب- إذا اشترى شخص نقدًا من مصرف بنقد آخر، فدفع إليه البدل، وأخذ منه في المجلس شيكًا بعوضه من النقد الآخر مسحوبًا على البنك المراسل للمصدر، فيعتبر قبضه للشيك قبضًا حكميًّا لمضمونه، ويكون ذلك بمنزلة التقابض في البدلين قبل التفرق[٢].

= السعودية من ١٧ - ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس (١/ ٤٥٣).

(١) انظر: بحث القبض الحقيقي والحكمي: قواعده وتطبيقاته من الفقه الإسلامي، إعداد د نزيه كمال حماد، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، الدورة السادسة، العدد السادس ١/ ٧٣٣-٧٣٥.
وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس (١/ ٤٥٣).

(٢) هذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس (١/ ٤٥٣).

ج- إذا اشترى شخص نقدًا من مصرف بنقد آخر، فدفع إليه البدل، وأرسل المصرف - بناء على طلب المشتري - برقية (تلكس) إلى بنكه المراسل يأمره فيها بدفع العوض من النقد الآخر لحساب المشتري، أو لحساب مستفيد آخر لدى مصرف ثالث، فيعتبر أمر المصرف الناجز (بالتلكس) لبنكه المراسل بأداء بدل الصرف حالا إقباضًا حكميًّا للمشتري، وينزل التعامل بتلك الكيفية منزلة التقابض الناجز بين البدلين في الصرف.

د- إذا تصارف العميل مع المصرف، وكان للعميل حساب فيه، فأمر المصرف باقتطاع البدل الذي اشترى به من حسابه، وتسلم من المصرف شيكًا بالنقد الذي اشتراه مسحوبًا على البنك المراسل للمصرف الذي أصدره؛ فيعتبر اقتطاع المصرف الناجز لبدل الصرف من حسابه قبضًا حكميًّا للبدل من العميل المشتري، ويعتبر تسلم العميل الشيك قبضًا حكميًّا لمضمونه، وإذا تم ذلك في المجلس، فإنه يعد بمثابة التقابض في البدلين قبل التفرق.

هـ- ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في بعض التطبيقات المعاصرة للقبض الحكمي للأموال، ومنها: أولا: يقوم تسلم الشيك مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود في المصارف، فإذا تسلم العميل (شيكًا)[1] مصدقًا عليه[2]، فإنه يكون قبضًا تامًّا يمكنه

---

(١) (الشيك): صك يحرر وفقًا لشكل معين يتضمن أمرًا صادرًا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين من النقود إلى شخص ثالث يسمى المستفيد بمجرد الاطلاع أحكام الأوراق التجارية. في الفقه الإسلامي لسعد بن تركي ص ٥٠، نشر: مكتبة دار ابن الجوزي.

(٢) (الشيك المصدق عليه): هو الشيك الذي يؤشر عليه المصرف المالي المسحوب عليه، وبمقتضاه يتم حجز أو تجميد مقابله من الرصيد لمصلحة الحامل إلى حين حضوره للاستيفاء.

من التصرف فيه بالبيع والهبة ونحو ذلك؛ لأن العرف الاقتصادي جارٍ على أن الشيك الذي يحاط بضمانات كبيرة تجعل القابض له مالكًا لمحتواه[١]؛ إذ القبض في كل شيء بحسبه عُرْفًا. ثانيًا: يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى، سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف، أو بعملة مودعة فيه[٢].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) هذا هو رأي أكثر الباحثين، وهناك رأيان آخران: **أحدهما**: لا يعتبر تسلم الشيك قبضًا مطلقًا، غير أن هذا الرأي يتصادم مع العرف الجاري والعادة المألوفة والواقع الضروري في المعاملات المالية الخاصة بالتداول في المبالغ النقدية الضخمة، **والثاني**: يعتبر تسلم الشيك قبضًا ولو لم يصدق عليه، غير أن هذا الرأي ليس فيه ضمانات كبيرة تجعل القابض للشيك مالكًا لمحتواه. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء جمع وترتيب أحمد الدرويش ١٣/ ٤٩٤، طبعة ١٤١٩هـ.

(٢) انظر: قرارات مجمع رابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة من ١٣ رجب ١٤٠٩هـ الموافق ١٩ فبراير ١٩٨٩م إلى ٢٠ رجب ١٤٠٩هـ الموافق ٢٦ فبراير ١٩٨٩م.

ضوابط باب المرابحة



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٥٥

نص الضابط: مَبْنَى الْمُرَابَحَةِ عَلَى الأَمَانَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- مبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة[٢].

٢- بيع المرابحة مبناه على الأمانة[٣].

شرح الضابط:

هذا الضابط بيان لمنزلة الأمانة وأهميتها في بيع المرابحة، ولقد صرحت مذاهب الفقهاء بهذا الضابط في غير موضع، مما يدل على أهميته[٤].

وننبه بادئ ذي بدء على أن عقد البيع له أساليب متنوعة، وأشكال وصور

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٧٨/١٣، ٨٨، ١٥٣/٢٢، بدائع الصنائع ١٤٣/٤، ٢٢٣/٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٤٢٣/٤، البناية للعيني ١٢١/٩، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٣١٧/٢، رد المحتار لابن عابدين ١٤١/٥، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٩٣/٢، المغني لابن قدامة ١٣٢/٤.

(٢) البناية للعيني ١٢١/٩.

(٣) نهاية المحتاج لشمس الدين الرملي ١١٥/٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٣٤/٤، التاج والإكليل للمواق ٤٤٣/٦، أسنى المطالب ٩٣/٢، المغني ١٣٢/٤، المحلى لابن حزم ٤٩٩/٧، التاج المذهب لأحمد بن قاسم العنسي ٤٧١/٢، الروضة البهية للعاملي (٤٢٨/٣)، شرح النيل لأطفيش ٣١٩/٩- ٣٢٠.

مختلفة منها[١]: بيع المساومة[٢]، وبيع المرابحة، وبيع التولية[٣]، وبيع الوضيعة[٤].

وبيع المرابحة: هو البيع الذي يقوم على بيان البائع ثمن المبيع مع زيادة ربح معلوم على ذلك الثمن، مثاله: أن يقول البائع للمشتري: قد كلفني هذا الشيء مائة، أو وقف عليَّ بمائة، فأبيعه لك بمائة وعشرة[٥]، والربح في عقد المرابحة قد يكون حصة نسبية من رأس المال كعشرة في المائة أو خمسة في المائة أو نحو ذلك، وقد يكون مبلغًا مقطوعًا معلومًا[٦].

والمعنى في كون هذا البيع مبنيًّا على الأمانة: أن المشتري قد ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف؛ فيجب صيانة بيع المرابحة عن الخيانة وشبهتها ما أمكن - فشبهة الخيانة ملحقة بحقيقتها في هذا العقد؛ احتياطًا[٧] - ولا يتم الاحتراز عن الخيانة وشبهتها إلا أن يبين البائع ما ينفي ذلك[٨]:

١- فإذا حدث عيب في الشيء المبيع بفعل البائع نفسه أو شخص آخر؛

---

(١) هذا التقسيم باعتبار تسمية البدل في البيع. انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١١٤/١، عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقا ص٨٥- ٨٨.

(٢) هو الذي يقع باتفاق من البائع والمشتري على الثمن بدون أن يذكر البائع الثمن الذي اشترى به ذلك المال. درر الحكام لعلي حيدر ٩٩/١.

(٣) هو أن يبيع الشيء بنفس الثمن الذي ملكه به من غير زيادة ولا نقصان انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ١٠٦/٢، بدائع الصنائع للكاساني١٣٥/٥.

(٤) وهو يبيع الشيء بمثل الثمن الذي ملكه به مع نقصان شيء منه، يعني: يبيعها بخسارة انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ١٠٦/٢، بدائع الصنائع للكاساني ١٣٥/٥.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١١٤/١.

(٦) انظر: عقد البيع للزرقا ص ٨٨.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ١٤٣/٤، ٢٢/٥، المبسوط للسرخسي ٧٥/٢٢، تبيين الحقائق ٤٣٠/٤، فتح القدير لابن الهمام ١٢٨/٣، نهاية المحتاج ١١٥/٤.

(٨) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣٧٧/١، بدائع الصنائع ٢٢٣/٥.

فيجب على البائع أن يبين ذلك، يعني: أنه إذا اشترى السلعة سالمة من العيوب بخمسين مثلا، ثم حدث بها عيب؛ فيجب عليه أن يبين ذلك، وليس له أن يبيعه مرابحة بدون بيان ذلك، وهذا محل إجماع[١].

٢- كما أنه إذا اشترى شيئًا بغبن فاحش[٢]، فأراد بيعه مرابحة؛ فعليه أن يبين أنه اشترى ذلك المال بغبن فاحش، وليس له بيعه مرابحة بدون بيان ذلك.

فإذا كتم البائع ذلك ولم يبينه؛ ثبت حق الفسخ للمشتري[٣].

كما أن البائع إذا كذب في الإخبار عن رأس ماله، أو كتم أمرًا له تأثير في السعر عرفًا؛ كان خائنًا، وهي توجب الخيار للمشتري أن يفسخ البيع، أو يقبل بكل الثمن المنطوي على الخيانة، ولا يحق له أن يتمسك بالمبيع ويطرح من الثمن قدر الخيانة؛ لأن البائع لم يرضَ بأقل مما عقد به، ويكفي لدفع ضرر المشتري خياره، وهذا يسمى خيار الخيانة، ويمكن أن نعطي لذلك مثالين[٤]:

١- خيانة البائع في مقدار رأس المال، كأن يضيف البائع إلى رأس المال مصاريف زائدة غير صحيحة، أو يقول: هذا الشيء كلفني تسعة، فيبيعه مرابحة باثني عشر، ثم يتحقق المشتري بعد ذلك - إما بالإقرار، أو بالبينة، أو بالنكول عن اليمين - أن ذلك الشيء كلف البائع ثمانية فقط، حينئذ يكون للمشتري الخيار: إن شاء ترك المبيع، وإن شاء قبله بكل الثمن المسمى.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٣/٥، ونهاية المحتاج ١١٦/٤.

(٢) الغبن بمعنى الخديعة، وفي القاموس للفيروز آبادي مادة (غبن): غبنه في البيع: خدعه.
وأما عن تقدير الغبن الفاحش فقد جاء في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١٣١/١ بأنه على قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو زيادة، وربع العشر في الدراهم بالنظر إلى قيم الأشياء الحقيقية أيضًا. اهـ. وفي الواقع هذه التقديرات خاضعة لخبرات العاملين في شتى مجالات السوق.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣٧٧/١.

(٤) انظر: عقد البيع للزرقا ص ٨٩- ٩٠، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣٧٨/١.

٢- خيانة البائع في الأجل، كأن يشتري شخص شيئًا بخمسين ثمنًا مؤجلا، فيبيع ذلك مرابحة بدون أن يبين للمشتري شراءه بثمن مؤجل؛ حينئذ يكون المشتري عند اطلاعه مخيرًا؛ فله رد المبيع، وله قبوله بكل الثمن المسمى معجلا؛ لأن للأجل حسابًا في السعر عادة[١].

هذه صورة عقد المرابحة بمعناها البسيط، والمجمع عليها بين فقهاء المذاهب المختلفة، وهي الصورة الشائعة في كتب الفقهاء المتقدمين، ومع ازدياد حاجة الناس، وتطور الحياة الاقتصادية وجدت صورة لعقد المرابحة تختلف عن الصورة المعهودة.

أما عقد المرابحة المركبة الذي تقوم به المصارف الإسلامية فيطلق عليه: (بيع المرابحة للآمر بالشراء)، وصورته باختصار تتمثل في الخطوات التالية:

١- أن يذهب شخص إلى المصرف الإسلامي فيخبر المصرف برغبته في شراء مطبعة من المطابع الحديثة، بكل آلاتها - من ماكينة تصوير، وماكينة طباعة، وماكينة تجليد - وذلك في حدود نصف مليون مثلاً.

٢- يخبر هذا الشخص المصرف الإسلامي بأنه لا يملك هذا المبلغ، وأنه مستعد لدفعه في مدى سنتين مثلا، إذا اشترى المصرف الإسلامي له كل ماكينات المطبعة، وضمن وصولها سليمة مطابقة للمواصفات، خالصة الشحن والجمارك.

٣- يجيب رئيس المصرف الإسلامي بأنه مستعد لكل ذلك، وسيتحمل كل النفقات وكل الضمانات، ولكن المصرف الإسلامي أيضًا في

---

(١) في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣٧٨/١: أما إذا لم يشترط تأجيل الثمن في عقد البيع بل كان تأجيله معروفًا وثبت تأجيله بالعرف والعادة، فعلى قول الجمهور: لا يجب بيان ذلك، ولا يجري في ذلك خيار الخيانة، وعلى قول آخر: يجب بيان ذلك أيضًا، كما أنه إذا اشترى المبيع بثمن معجل ثم أجل البائع الثمن بعد ذلك؛ فلا يجب بيان ذلك.

حاجة إلى ضمانات بضرورة شراء هذا الشخص للماكينات بعد استيرادها لحسابه؛ لأن المصرف الإسلامي لا يملك المشتري الآخر لها، وليس مستعداً لإنجاز هذه الصفقة لحسابه الخاص.

٤- يقبل المشتري هذا الإيجاب، ويبدي استعداده للالتزام بسائر الوعود والضمانات، حتى ولو كان الالتزام بدفع غرامة مادية تكافئ أية خسارة تقع على المصرف الإسلامي، وذلك في حالة رجوعه عن الشراء.

٥- يجيب رئيس المصرف الإسلامي بقبوله، ويتفق الطرفان على أن المشتري يعطي للمصرف مقابل ذلك نسبة (١٥) مثلا من قيمة العملية[١]، ويتم تسجيل العقود بناء على ما تقدم.

٦- حتى إذا استورد المصرف الماكينات ألغيت هذه العقود، وأقيم مقامها عقد بيع جديد يسد مسدها، ويصبح الأمر بالشراء حالة بيع مباشرة.

هذه هي الصورة الشائعة في المصارف الإسلامية، وهي كما ترى قائمة على الصراحة ووضوح الصورة بين المصرف والعميل، فلا غش ولا خيانة، وبهذا يحصل العميل على ما يحتاجه، كما يحقق المصرف الربح في مدة قصيرة نسبيًّا.

---

(١) قرر مجمع الفقه الإسلامي أن الوعد الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد، يكون ملزمًا للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقًا على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر، أما المواعدة (وهي التي تصدر من الطرفين) فإنها تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكًا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده. انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٢، ٣) في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ/ ١٠ إلى ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م.

وهي مستفادة من صورة لعقد المرابحة ذكرها الإمام الشافعي، وهي إذا قال شخص لآخر: اشترِ لي متاعًا وأنا أربحك فيه، فاشتراه؛ جاز البيع الأول، وأما عن قوله: (وأنا أربحك فيه)، فهو عقد جديد، وهما بالخيار فيه، فإن جددا عقد البيع جاز، وإن دخلا في البيع الأول على أن قوله: (وأنا أربحك فيه) ملزم؛ فالعقد مفسوخ وباطل[(١)].

أدلة الضابط :

١- قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الأنفال: ٢٧].

وجه الدلالة : في الآية الكريمة نص صريح على تحريم الخيانة في كل شيء، ومنها خيانة البائع للمشتري فيما اتفقا عليه.

٢- وقال عليه الصلاة والسلام: «من غشنا فليس منَّا»[(٢)].

وجه الدلالة : في الحديث الشريف تحريم الغش على المسلمين في كل شيء، ومنه ما يجري بين المتبايعين.

٣- ولأن المشتري يأتمن البائع في خبره معتمدا على قوله فيجب على البائع التنزه عن الخيانة، والتجنب عن الكذب؛ لئلا يقع المشتري في غرور[(٣)].

---

(١) هذا المثال مأخوذ عن الإمام الشافعي، وعلله بأمرين، **أحدهما** : أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع، **والثاني** : أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا. اهـ. انظر: الأم للشافعي ٣/٣٩.

(٢) رواه مسلم ١/٩٩ (١٠١)، (١٠٢) من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه.

(٣) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٧٢.

تطبيقات الضابط :

١- إذا حدث من المبيع نماء في يد البائع أو المشتري، كالولد والصوف والثمرة واللبن، فليس لأي منهما أن يبيعه مرابحة حتى يبين؛ لأن الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة، حتى تمنع الرد بالعيب، وإن لم يكن لها حصة من الثمن للحال؛ لأن هذا حبس لبعض المبيع وبيع لباقيه؛ فلا يجوز بيعه مرابحة من غير بيان[١].

٢- إذا كان له على إنسان دين فأخذ شيئًا صلحًا عنه، فلا يبيعه مرابحة حتى يبين، فإن لم يبين فلا يجوز بيعه مرابحة؛ لشبهة الحطيطة فيه[٢].

٣- إن اشترى شيئًا بسعر مؤجل، ثم باعه مرابحة على أساس هذا السعر المؤجل، ولم يبين أنه اشتراه بسعر مؤجل، فللمشتري في المرابحة الخيار بالإجماع: إن شاء أخذه، وإن شاء رده؛ لأن المرابحة عقد بني على الأمانة[٣].

٤- من التطبيقات المعاصرة: من الصور الممنوعة شرعًا ما تجريه بعض البنوك على أساس شراء سلعة من العميل ثم بيعه نفس سلعته مع ربح مضاف، فإن ذلك لا يعتبر مرابحة؛ لأنه ليس فيه تمليك جديد، وإنما هو حيلة لبيع النقد بالدين وزيادة، وهذا هو الربا[٤].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٢٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٢٤، تبيين الحقائق ٤/٤٢٨.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/٧٨، بدائع الصنائع ٥/٢٢٤- ٢٢٥، تبيين الحقائق ٤/٤٣٣.

(٤) انظر: بحث الدكتور سامي حمود ٢/١٤٤٨ مرجع سابق.



ضوابط باب الشفعة



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٥٦

نص الضابط: لَا شُفْعَةَ فيمَا مُلِكَ بِغَيرِ مُعَاوَضَةٍ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- لا تثبت الشفعة فيما ملك بغير معاوضة[٢].

٢- ما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه[٣].

٣- لا شفعة فيما يملك بغير بدل، أو ببدل ليس بمال[٤].

٤- تثبت الشفعة في كل عقد يملك الشِّقْص[٥] فيه بعوض[٦].

٥- ما ملك فيه الشِّقْص بغير عوض فلا تثبت فيه الشفعة[٧].

٦- كل عضو استحق فيه إقباض الشقص معاوضة استحق به إقباضه بشفعة[٨].

---

(١) شرح المحلي على المنهاج ٣/٤٥.
(٢) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٣٧٧.
(٣) تكملة المجموع للمطيعي ١٤/٣٠١.
(٤) فتاوى قاضيخان ٣/٥٣٥.
(٥) الشقص: الجزء والنصيب انظر: المغرب للمطرزي ص ٢٥٥.
(٦) انظر: تكملة المجموع للمطيعي ١٤/٣٠١.
(٧) تكملة المجموع ١٤/٣٠١.
(٨) تكملة المجموع ١٤/٣٢٢.

شرح الضابط :

(الشفعة) في اصطلاح الفقهاء: هي تملك العقار دون المنقول على مشتريه بالثمن الذي قام عليه جبرًا، وهو حق ثابت للشريك الذي لم يقاسم، وللجار، وحكمها: جواز الطلب بذلك عند تحقق السبب[١].

وهذا الضابط يتعلق بالتصرفات التي تثبت بها الشفعة، وهو مقرر عند المذاهب الأربعة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية[٢]، على اختلاف بينهم في تفاصيل العمل به، وسيأتي بيان ذلك.

والمعنى فيه: أنه لا يجوز للشريك المطالبة بحق الشفعة إلا فيما انتقل إلى الشركاء بعقد مُعاوَضة كالبيع، فإذا انعدمت المـُعاوَضة - كما في الميراث مثلا - تعذر الأخذ بالشفعة.

والمُعاوَضة: أخذ العِوَض -أي البدل- تقول: عُضْتُ فلانًا وأَعَضْتُه وعَوَّضْتُه إذا أعطيته بدل ما ذَهب منه[٣].

وهي في اصطلاح الفقهاء لا تختلف عن هذا المعنى، فعقود المعاوضات: هي العقود التي تحتوي على البدل من الجانبين[٤].

وتنقسم عقود المعاوضات باعتبار نوع المبادلة إلى أربعة أقسام[٥]:

١- مبادلة مال بمال: وهي ما يكون فيها المال مقصودًا من الجانبين

---

(١) مجمع النهر لشيخي زاده ٢/٤٧١، ٤٧٢.

(٢) انظر: التجريد للقدوري٧/٣٤٤٧، الشرح الكبير للدردير ٣/٤٧٥، روضة الطالبين للنووي ٥/٧٨، كشاف القناع للبهوتي ٤/١٣٧، المحلى لابن حزم ٨/١٣، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٤، شرائع الإسلام للحلي ٣/٢٠٠، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١١/٣٧٤.

(٣) لسان العرب مادة (عوض).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣/٢.

(٥) انظر: المنثور في القواعد ٢/٤٠٢-٤٠٣، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود للدكتور بدران أبو العينين بدران ص ٤٨٧، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية للدكتور سلطان بن إبراهيم ص ٧٣ – ٧٤.

حقيقة، كالبيع والسلم والصرف والقرض والصلح عن إقرار.

٢- مبادلة مال بمنفعة: وهي أن يقصد أحد المتعاقدين المال والآخر المنفعة، كالإجارة والاستصناع والمزارعة والمساقاة والمضاربة.

٣- مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة: كالصداق في النكاح والمال المأخوذ عوضًا عن الخلع والجزية.

٤- مبادلة منفعة بمنفعة: كقسمة المنافع بطريق المُهَايَأة[1] الزمانية أو المكانية.

واتفق المذاهب الأربعة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية، على أن الشفعة لا تثبت فيما يملك بغير معاوضة، كالميراث، وتنوعت أنظارهم فيما تثبت فيه الشفعة من عقود المعاوضات، فمذهب المالكية، والشافعية، وهو رواية عند الحنابلة: أن الشفعة تثبت في جميع عقود المعاوضات[2]، وأما مذهب الحنفية، ورواية عند الحنابلة - وهي المعتمدة عندهم - والزيدية، والإباضية: فيرون أن الشفعة لا تثبت فيما يملك ببدل ليس بمال، أي أن الشفعة تثبت فيما كان فيه مبادلة مال بمال، ولا تثبت فيما عدا ذلك من أقسام عقود المعاوضات[3]، وأما مذهب الظاهرية، والإمامية، فلا تثبت الشفعة عندهم إلا في البيع وحده[4].

---

(١) وهي اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنًا معينًا. انظر: شرح ميارة على تحفة الحكام ٥٨/٢، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٣٦٦/٢ - ٣٦٧.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ٣٢٥/٧، الشرح الكبير ٤٧٥/٣، روضة الطالبين ٧٨/٥، المغني ١٨٢/٥.

(٣) انظر: فتاوى قاضيخان ٥٣٥/٣، التجريد للقدوري ٣٤٤٧/٧، كشاف القناع ١٣٧/٤، البحر الزخار ٤/٥، شرح النيل ٣٧٤/١١.

(٤) انظر: المحلى ١٣/٨، شرائع الإسلام ٢٠٠/٣.

أدلة الضابط :

قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك لم يقسم: ربعة، أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به[(١)]. ووجه الدلالة أن الخبر المذكور ورد في البيع، وما يملك بمعاوضة في معناه، وأما ما يملك بغير بدل، كالميراث ونحوه؛ فليس في معنى البيع؛ فلا يصح قياسه على البيع؛ لسببين:

١- لأن الشَّفِيع يأخذه من المشتري - مثلا - بمثل السبب الذي انتقل به إليه، ولا يمكن هذا فيما ينتقل بغير بدل.

٢- ولأن الشفيع يأخذ النصيب المشفوع فيه بثمنه لا بقيمته، وفيما ينتقل بغير بدل يأخذه بقيمته، فافترقا[(٢)].

تطبيقات الضابط :

١- لا تثبت الشفعة فيما انتقل إلى الشركاء عن طريق الميراث، والوصية، والهبة من غير عوض، وهذا محل اتفاق بين المذاهب الأربعة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية[(٣)].

٢- لا تثبت الشفعة في عقار مُلِكَ بالصلح عن القصاص في النفس، أو فيما دون النفس[(٤)]. وبه قال الحنفية[(٥)].

---

(١) رواه مسلم ١٢٢٩/٣ (١٦٠٨) عن جابر بن عبد الله.

(٢) انظر: المغني ١٨٢/٥.

(٣) انظر: تكملة المجموع ٣٠١/١٤، شرح المحلي على المنهاج ٤٥/٣، مغني المحتاج ٣٧٧/٣.

(٤) ومعنى (الصلح) هنا: أن يتفق الجاني وولي المجني عليه على أخذ عوض مالي بدلا من استيفاء القصاص.

(٥) انظر: فتاوى قاضيخان ٥٣٥/٣.

٣- تثبت الشفعة فيما ملك بمعاوضة ملكًا لازمًا متأخرًا عن ملك الشفيع، كمبيع، ومهر، وعوض خلع، وأجرة، ورأس مال سلم. وبهذا كله قال الشافعية[١].

علاء إبراهيم عبدالرحيم

* * *

(١) انظر: تكملة المجموع ١٤/٣٠١، شرح المحلي على المنهاج ٣/٤٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٥٧

نص الضابط: لا شُفْعَةَ إلا لِشَرِيكٍ فِي مُشَاعٍ مِن الأُصُولِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا تثبت الشفعة إلا للشريك في مِلك مشاع[(٢)].

٢- كل شريك في رقبة العقار، تثبت له الشفعة[(٣)].

٣- الشفعة لا تثبت إلا للشريك في العقار[(٤)].

٤- لا تجب الشفعة إلا بالشركة في البقعة[(٥)].

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ٤٣٨/١ وفي التمهيد لابن عبد البر ٥٣/٧ «الشفعة تجب لكل شريك في مشاع من الأصول» وفي معين الحكام على القضايا والأحكام لابن عبد الرفيع ٥٩٢/٢ «إنما الشفعة لمن كان له الأصل» وفي التاج المذهب للعنسي ٧/٣ «إنما تثبت الشفعة للمالك في الأصل» (أي إذا كان خليطًا في أصل تلك العين المبيعة)، كما جاء تفسيره في الموضع نفسه.

(٢) المهذب للشيرازي ٣٧٧/١ وفي المبدع لابن مفلح ٢١٧/٥ «الشفعة لا تثبت إلا في ملك» وفي الذخيرة ٢٦٩/٧: «كل من له ملكٌ في المبيع، يشفع».

(٣) انظر: روضة الطالبين للنووي ٧٢/٥.

(٤) نهاية المطلب للجويني ٣٠٤/٧ وبنحوه في مغني المحتاج للشربيني ٢٩٧/٢ وفي الوسيط للغزالي ٧٢/٤ «تثبت الشفعة لكل شريك في الدار، ولا تثبت للجار»، وفي مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله ص ٢٩٦ «الشفعة للشريك، لا يكون لغيره».

(٥) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٤٩/٣ وفي الدراري المضية للشوكاني ص ٣١٨ «الشفعة لا تثبت إلا بالخُلطة» وفيه أيضًا ص ٣١٧ وكذلك في البحر الزخار لابن المرتضى ٦/٥: «لا شفعة إلا للخليط» والمراد بـ(الخِلطة): هي الشركة في المبيع نفسه، كما في التاج المذهب ٣/٣.

صيغ ذات علاقة:

١- لا شفعة بالجوار[١]. (متفرع).

٢- الشفعة لا تثبت بالحقوق[٢]. (متفرع).

٣- كل صاحب شِرك أخص، يقدَّم على الأعم في الشفعة[٣]. (متفرع).

شرح الضابط:

موضوع هذا الضابط يتعلق بـ(سبب ثبوت الشفعة)، أو بعبارة أخرى: (مَن تثبت له الشفعة).

و(الشفعة) هي: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما مُلك بعوض[٤].

---

(١) نهاية المطلب ٣٠٤/٧، في القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٨٩، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأبي الحسن المالكي ٣٢٥/٢، زاد المستقنع للحجّاوي ص ١٣٨ «لا شفعة لجارٍ» وفي المغني لابن قدامة ١٧٨/٥، شرح الخرشي على خليل ١٦٣/٦، «الجار لا شفعة له»، في المحلى لابن حزم ٢٩/٨ «لا شفعة لجار غير ملاصق»، في شرائع الإسلام للحلي ٢٠٠/٣-٢٠١ «لا تثبت الشفعة للجار بالجوار».

(٢) التاج المذهب ١٣/٣.

(٣) الذخيرة للقرافي ٢٦٩/٧ وكلمة (الشِّرْك) هي على وزن (شِبْر)، بمعنى الشركة، والنصيب المشترك ومنه قوله تعالى: ﴿قُلِ ٱدْعُواْ ٱلَّذِينَ زَعَمْتُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ لَا يَمْلِكُونَ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَلَا فِى ٱلْأَرْضِ وَمَا لَهُمْ فِيهِمَا مِن شِرْكٍ﴾ أي: شركة انظر تفسير الجلالين [سورة سبأ: ٢٢]، عمدة القاري ٤٠/١٣، مختار الصحاح للرازي ص١٤٢، المصباح المنير للفيومي ٣١١/١.

(٤) انظر: نهاية المحتاج للرملي ١٩٤/٥، الإقناع للشربيني ٣٣٥/٢، وبنحو هذا المعنى جاء تعريفها عند آخرين، فمثلا عرّفها ابن نجيم من الحنفية بقوله: «تملُّك البقعة جبرًا على المشتري بما قام عليه» البحر الرائق ١٤٣/٨، وقال ابن الحاجب من المالكية: «أخذُ الشريك حصةَ شريكه جبرًا شراءً» جامع الأمهات ص ٤١٦، وانظر: الثمــر الداني شرح رسالة القيرواني لصالح عبد السميع الآبي ص ٥٤٩ وقال ابن مفلح من الحنابلة «هي استحقاق الشريك أخذَ حصةِ شريكِه، مِن يدِ مَنْ انتقلت عنه، بعوضٍ ماليٍّ مستقرٍّ» المبدع ٢٠٣/٥.

وسبب ثبوت الشفعة شيئان:

- الشركة في ملكية الأصل.
- الجوار.

ثم إن الشركة في ملكية الأصل تكون على صورتين:

أ - إما أن تكون في نفس ملكية الأصل، بحيث لا يكون الشريك مستقلا في نصيبه عن الشريك الآخر، بل يكون مشتركًا معه في حصة من نفس رقبة الأصل، وكذلك في ملحقاته ومرافقه، كأن يكون شريكًا في الدار - مثلا - ومرافقها وطريقها، أو في الأرض وحق شِربها وحظائرها، ونحو ذلك[1]، وهذا هو موضوع الضابط محل البحث.

ب - أو أن تكون في المرافق فقط دون رقبة الأصل، فهنا يكون الشريك مستقلا في نصيبه عن الشريك الآخر، لكن يكون مشتركًا معه في أحد المرافق والحقوق، كأن يكون شريكًا في الممر - مثلا - الذي يؤدي إلى الدار أو الأرض.

وعلى هذا؛ فالمراد بلفظ (الشريك في مشاع من الأصول) - في صيغة الضابط- هو المعنى المتقدم في الصورة (أ)، وهو الشريك الذي له حصة شائعة في نفس العقار، وهذا المعنى هو الذي عَبَّرت عنه الصيغ الأخرى للضابط، مثل: (الشريك الذي لم يقاسِم) و (الشريك في رقبة العقار) و (الشريك في البقعة) أو هو (من كان له الأصل)، فكل هذه التعبيرات تفيد أن المراد بالشريك فيها: هو الشريك في جزء مشاع من أصل العقار ورقبته، ومن كان كذلك فإنه يكون بطبيعة الحال شريكًا في المرافق التابعة للعقار أيضًا؛ «لأن الاشتراك في

(١) انظر: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي للدكتورين مصطفى الخن ومصطفى البغا ١٧٨/٣.

طريق الشيء أو في سواقيه، هو اشتراك في بعض ذلك الشيء»[١].

وبما تقدم يكون قد اتضح معنى الضابط، وهو أن حق الشفعة لا يثبت إلا لمن كان شريكًا في أصل العقار، أما من كان شريكًا في مرافق العقار فقط - كالممر، أو كحق الشِّرب- دون أن يكون شريكًا في أصل العقار نفسه، فلا تثبت له الشفعة، وإذا كانت الشفعة لا تثبت لمثل هذا الشريك الذي هو شريك في المرافق، فمن باب أولى لا تثبت للجار الذي لا يكون شريكًا لا في الأصل، ولا في المرافق[٢].

وهذا ما قال به المالكية، والشافعية، والحنابلة[٣]، وبه قال إسحاق بن راهويه، وأبو ثور، والأوزاعي، والليث بن سعد[٤].

وذهب الحنفية، والزيدية، والظاهرية، والإباضية، والإمامية، إلى ثبوت حق الشفعة للشريك في المرافق أيضًا، وإن لم يكن شريكًا في أصل رقبة العقار[٥]، واختار هذا الرأي ابن تيمية[٦].

كما زاد الحنفية، والزيدية، والإباضية، إثباتَ حق الشفعة للجار أيضًا[٧]، وحكى الطبري أن القول بشفعة الجوار: هو قول الشعبي، وشُريح، وابن

---

(١) انظر: الدراري المضيئة شرح الدرر البهية للشوكاني ص ٣١٨.

(٢) انظر: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ١٧٨/٣.

(٣) انظر: الشرح الصغير للدردير ٦٣٣/٣، مغني المحتاج ٢٩٨/٢، كشاف القناع للبهوتي ١٣٩/٤.

(٤) المحلى ٢٩/٨.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/٥، التاج المذهب ٦/٣-٧، المحلى ٢٩/٨، شرح النيل لأطفيش ٣٣٦/١١، شرائع الإسلام ٢٠٠/٣-٢٠١.

(٦) انظر: المبدع ٢٠٦/٥ وجاء في مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٨٣/٣٠ قوله: «وقد تنازع الناس في شفعة الجار على ثلاثة أقوال، أعدلها: أنه إن كان شريكا في حقوق الملك ثبتت له الشفعة، وإلا فلا»، وانظر ما يأتي في أدلة الضابط فيما يتعلق بهذا الرأي.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٤/٥، التاج المذهب ٦/٣-٧، شرح النيل ٣٣٦/١١.

سيرين، والحكم، وحماد، والحسن، وطاووس، والثوري[١].

وبالجملة فيمكن تلخيص هذا الخلاف إلى ما يلي:

أ- إن إثبات الشفعة للشريك في رقبة العقار والمرافق التابعة له: أمرٌ مجمع عليه بين العلماء قال ابن المنذر: «أجمعوا على أن إثبات الشفعة: للشريك الذي لم يُقاسِم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط»[٢].

ب- أما إثبات الشفعة لمن كان شريكا في المرافق فقط دون أن يكون شريكا في أصل رقبة العقار، فهو قول الحنفية والزيدية والظاهرية والإباضية والإمامية، وهو رأي ابن تيمية كما تقدم.

ج - وأما إثبات الشفعة بالجوار: فقال به الحنفية والزيدية والإباضية.

هذا، ولا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة، قال الإمام أحمد: لا يجوز شيء من الحيل في إبطالها، ولا إبطال حق مسلم[٣]، وعلى هذا لو أَقدَم على الاحتيال لإسقاطها، لم تسقط؛ لأنها وُضعت لدفع الضرر، فلو سقطت بالتحيل لَلَحِق الضرر[٤].

ومع كون الشفعة حقًّا للشفيع، إلا أن من المعاني الحسنة التي نبه العز بن عبد السلام إليها: أن العفو عنها أفضل، إلا أن يكون المشتري الجديد مغبونًا أو نادمًا[٥].

---

(١) الجوهر النقي على سنن البيهقي لابن التركماني ١٠٨/٦.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٩٥، وانظر: الإقناع له أيضًا ٢٦٧/١، المغني ١٧٨/٥، وقال ابن عبد البر في التمهيد ٤٦/٧ عن إثبات الشفعة للشريك عند جميع أهل العلم: «لا أعلم بينهم في ذلك اختلافا، كل فرقة من علماء الأمة يوجبون الشفعة للشريك في المشاع من الأصول الثابتة التي يمكن فيها صرف الحدود وتطريق الطرق».

(٣) انظر: المبدع ٢٠٣/٥، كشاف القناع ١٣٥/٤.

(٤) انظر: المبدع ٢٠٣/٥، كشاف القناع ١٣٥/٤.

(٥) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢٠٩/١، مغني المحتاج ٢٩٦/٢.

أدلة الضابط :

حديث جابر، رضي الله عنه: قَضَى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يُقْسَم، فإذا وقعت الحدودُ وصُرِّفت الطرق فلا شفعة[١].

فقوله: «إذا وقعت الحدود» معناه: إذا قُسم الملك، ووقعت الحدود، أي عُيِّنت الحواجز والنهايات، أو رُسمت المعالم الفاصلة بين الأملاك، وظهر كل ملك على حِدَة بالقسمة، والإفراز وقوله: «وصُرِّفت الطرق» أي تعددت، وحصل لكل نصيب طريق وشارع مخصوص[٢].

ويؤخذ من هذا الحديث ثبوت الشفعة للشريك دون الجار؛ لأن الشُّفعة نُفِيَت عند وقوع الحدود وصَرْف الطرق، ومن المعلوم أن الحدود بين الجارين واقعة، والطرق مصروفة، فتكون الشفعة منفيّة للجار[٣]؛ «لأن الحدود إذا مَيَّزت حق كل واحد منهم بالقسمة، فقد خرجوا عن حكم الشركة إلى حكم المجاورة»[٤].

والأصل أن يكون التملك برضا المالك، أو: الأصل أن لا يَتَملّك أحد شيئًا قهرًا عمّن مَلَكَه[٥].

---

(١) رواه البخاري في مواضع، وهذا لفظه في ٤٥٤/٥ (٢٢١٣)، ومسلم ١٢٢٩/٣ (١٦٠٨)/(١٣٤)، كلاهما عن جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنهما.

(٢) تحفة الأحوذي للمباركفوري ٦١٣/٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/٥، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني ص٥٤٩، المفهم للقرطبي (باب الشفعة)، التيسير بشرح الجامع الصغير للمناوي ١٦٢/٢.

(٤) المنتقى للباجي ٢١٦/٦.

(٥) الفقه المنهجي على مذهب الشافعي ١٧٥/٣، ١٧٨، وجاء في التمهيد لابن عبد البر ٥٠/٧-٥١ في هذا الموضوع نفسه (وهو إثبات الشفعة للشريك دون الجار) قوله: «وأصول السنن كلها والكتاب، يشهد أنه لا يحل إخراج ملك من يدِ قد مَلَكَتْه ملكًا صحيحًا إلا بحجة لا معارض لها، والمشتري شراء صحيحًا قد مَلَك ملكًا تامًّا، فكيف يؤخذ ماله بغير طيب نفس منه دون حجة قاطعة يجب التسليم لها».

لكن الشفعة ثبتت على خلاف هذا الأصل بالنص، مقصورة على ما لم يُقسم فقط، فيبقى الأمر في المقسوم على الأصل، ولا تثبت الشفعة للجار؛ لأن ملكه مقسوم.

كما أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل؛ لمعنى معدوم في الجار، وهو أن الشريك عندما يدخل عليه مشترٍ جديد فربما يتأذى به الشريك القديم، ويدعوه ذلك إلى أن يُقاسِم ويَفصِل حصته عن حصته؛ دفعًا لأذاه، وهذا سوف يُحمِّل الشريك خسائر مادية، حيث يُضطر إلى استحداث المرافق كمِنْوَر، وسُلّم (أو مصعد)، وبالوعة، ونحو ذلك من المرافق في الحصة الصائرة إليه، وكل تلك أضرار لم يكن الشريك بحاجة إليها لولا دخول هذا المشتري الجديد عليه، فنظر الشرع هنا للشريك، وأثبت له حق الشفعة؛ ليأخذ به نصيب المشتري الجديد، ولا يُضطر لإدخال ضرر المقاسمة على نفسه؛ لأنه ضرر لا مفرَّ من الخلاص منه إلا بالشفعة.

وهذا المعنى لا يوجد في الجار؛ لأن مِلك كل من الجارين مقسوم أصلا، ومنفصل عن ملك الآخر، فإذا دخل مشترٍ جديد مكان أحد الجارين، فإنه يصير جارًا مثل الجار السابق، وبما أنه لم يكن هناك ضرر من الجار السابق، فلْيَكُن كذلك الجار الجديد؛ لهذا فلا داعي لإثبات حق الشفعة له[1].

بقي أن الأحاديث التي يَستدل بها القائلون لإثبات شفعة الجوار، مثل حديث: «الجار أحق بشفعة جاره» الحديث[2]، وهو صريح في إثبات الشفعة

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٤، نهاية المحتاج ٥/١٩٤، المبدع ٥/٢٠٣، تحفة الأحوذي ٤/٦١٣.

(٢) رواه أحمد ٢٢/١٥٥-١٥٦ (١٤٢٥٣)، وأبو داود ٤/١٨٦-١٨٧ (٣٥١٢)، والترمذي ٣/٦٥١-٦٥٢ (١٣٦٩) وقال: حسن غريب، وابن ماجه ٢/٨٣٣ (٢٤٩٤)، والدارمي ٢/١٨٦ (٢٦٣٠) كلهم عن جابر بن عبد الله الأنصاري، رضي الله عنهما.

للجار، ومثل الحديث الآخر: «الجار أحق بِسَقَبِه»[١]، وهو وارد في معرض إثبات الشفعة للجار[٢].

فإن النافين لشفعة الجوار، يجيبون عنها بأجوبة عديدة، أقربها: أنه يُحتمل أن المراد بـ(الجار) في هذه الأحاديث: (الشريك في المشاع)، فإنه جار أيضًا، والعرب قد تُسمِّي الشريك جارًا، كما تُسمَّى الضرّتان: جارتين لاشتراكهما في الزوج؛ لأن اسم الجوار يختص بالقريب، والشريك أقرب من اللصيق؛ فكان أحق باسم الجوار[٣].

على أن ابن القيم يرى أن القول الوسط الجامع بين النافين لشفعة الجوار، والمُثبتين لها: أنه «إن كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك، من طريق أو ماء أو نحو ذلك، ثبتت الشفعة، وإن لم يكن بينهما حق مشترك البتّة، بل كان كل واحد منهما متميزًا مِلكُه وحقوق مِلكه، فلا شفعة»، قال: «وهذا الذي نص عليه أحمد في رواية أبي طالب، فإنه سأله عن الشفعة لمن هي؟ فقال: إذا كان طريقهما واحدًا، فإذا صُرفت الطرق وعُرفت الحدود فلا شفعة»[٤]، قال ابن القيم: «وهو أعدل الأقوال، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية»[٥].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٣/٨٧-٨٨ (٢٢٥٨) من حديث أبي رافع مولى رسول الله ﷺ.
والصَّقَب بالصاد: ما قرُب من الدار ويقال: السقب أيضًا بالسين، لغتان فصيحتان عمدة القاري ١٢/٧٢، وانظر: مختار الصحاح للرازي ص ١٢٨.

(٢) وذلك أن سعد بن أبي وقاص وأبا رافع مولى رسول الله ﷺ، كانا جارين، فجاء أبو رافع إلى سعد بن أبي وقاص فقال: اشترِ نصيبي في دارك، فقال سعد: لا أريده، فقال له قائل: اشترِ منه، فقال: آخذه بأربعمائة معجلة أو مؤخرة، فقال أبو رافع: قد أُعطيتُ خمسة آلاف معجلة، فقال له سعد: ما أنا بزائدك، فقال أبو رافع: لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الجار أحق بسقبه» أو «نصيبه» ما بعتُك بأربعمائة وتركتُ خمسة آلاف. سنن الدارقطني ٤/٢٢٣ والقصة مروية بألفاظ أخرى انظر: صحيح البخاري ٢/٧٨٧ و٦/٢٥٥٩ وصحيح ابن حبان ١١/٥٨٤ و٥٨٧ وسنن البيهقي ٦/١٠٥.

(٣) انظر: كشاف القناع ٤/١٣٨، المبدع ٥/٢٠٦، شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٤٧٧، التمهيد لابن عبد البر ٧/٤٨.

(٤) إعلام الموقعين ٢/١٤٩، وانظر: الإنصاف للمرداوي ٦/٢٥٥.

(٥) إعلام الموقعين ٢/١٤٩.

ثم استدل ابن القيم لهذا القول بلفظ الحديث الذي تقدم قريبا، وهو: «الجار أحق بشفعة جاره»، فإن تتمة لفظه هكذا: «يُنتظر بها، وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا»، وهو صريح فيما ذهب إليه ابن القيم.

تطبيقات الضابط :

١- تثبت الشفعة للشريك المستحق أو وكيلِه، ولو كان الشريك المستحق ذميًّا[١]، فإذا كان العقار بين مسلم وذمي، فباع المسلم حصته لمسلم أو لذميٍّ؛ فلشريكه الذميِّ أن يأخذ بالشفعة[٢]، أما إذا كان كل من البائع والمشتري والشفيع ذميًّا، فإن للشريك الذمي أن يأخذ بالشفعة بشرط أن يتحاكم هو والمشتري إلينا راضيين بحكمنا[٣]، فمتى كان أحد الثلاثة مسلمًا فالشفعة ثابتة عند المالكية، ترافعا أو لم يترافعا، وإلا فلا تثبت إلا بالترافع[٤].

٢- لو كانت دار بين رجلين، وكان أحد الشريكين قد حَبَّس نصيبه، فباع شريكه في الدار نصيبه، فللمحبِّس الأخذ بالشفعة ليُحبِّس هذا النصيب كما حَبَّس النصيب الأول، أما إن لم يَقصد التحبيس فليس له الأخذ بالشفعة[٥].

٣- ولي المحجور عليه - أبًا كان أو وصيًّا- إذا كان شريكًا لمحجوره،

---

(١) انظر: الشرح الصغير للدردير ٣/٦٣١-٦٣٢، شرح الخرشي ٦/١٦٢.

(٢) انظر: شرح الخرشي ٦/١٦٢، الشرح الصغير للدردير ٣/٦٣١-٦٣٢.

(٣) انظر: شرح الخرشي ٦/١٦٢، الشرح الصغير للدردير ٣/٦٣١-٦٣٢.

(٤) انظر: الشرح الصغير للدردير ٣/٦٣١-٦٣٢.

(٥) انظر: شرح الخرشي ٦/١٦٢، الشرح الصغير للدردير ٣/٦٣١-٦٣٢، حاشية الصاوي ٣/٦٣١-٦٣٢.

وباع حصة المحجور، فله أخذها بالشفعة، ولا يكون تولّيه البيع مانعًا من ذلك، وكذلك لو باع الوليُّ حصة نفسه؛ فله أخذها بالشفعة لليتيم، ومن كان في حجره يتيمان مشتركان في دار مثلا، فباع الوليُّ حصة أحدهما، فله أن يأخذ للآخر بالشفعة، ولا يكون تولّيه البيع مانعًا من ذلك[١].

٤- لو كان للمسجد شقص من دار مشتركة بشراء أو هبة ليُصرف في عمارته، فباع الشريك نصيبه؛ كان لقيّم المسجد ومتولّيه أن يأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة[٢].

٥- لو كان مكان مشترك في الملك بين امرأة وشخص آخر، فقالت المرأة لزوجها: خالعني على نصيبي من ذلك المكان أو طلّقني عليه، ففعل، بانت منه الزوجة، واستحق الزوج ذلك الشقص؛ وحينئذ فللشفيع أخذُه من الزوج بحق الشفعة[٣].

٦- للسلطان أن يأخذ بالشفعة لبيت المال[٤]؛ لكونه قائمًا مقام الشريك في بعض الصور، فمن ذلك مثلا:

٧- لو كان لبيت المال شريك في أرض، فباع شريكه، كان للإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة[٥].

---

(١) شرح الخرشي ٦/١٧٣.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/٢٩٨، الإقناع للشربيني ٢/٣٣٦.

(٣) كفاية الأخيار للحصني ١/٢٨٦.

(٤) انظر: شرح الخرشي ٦/١٦٢، الشرح الصغير للدردير ٣/٦٣٣.

(٥) انظر: مغني المحتاج ٢/٢٩٨، الإقناع للشربيني ٢/٣٣٦.

٨- إذا مات أحد الشريكيـن ولا وارث لـه، فأخـذ السلطان نصيبه لبيت المال، ثم باع الشريك؛ فللسلطـان الأخذ بالشفعة لبيت المال[١].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: الشرح الصغير للدردير ٣/٦٣٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٥٨

نص الضابط: كُلُّ مَا يُنقَلُ، لَا يَثْبُتُ فِيهِ شُفْعَةٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا شفعة في المنقولات[٢].

٢- المنقول لا شفعة فيه[٣].

٣- لا شفعة فيما ليس بعقار[٤].

٤- لا تجب الشفعة إلا في العقار، أو ما في معناه[٥].

---

(١) الإقناع للشربيني ٢/٣٣٧.

(٢) فتاوى قاضيخان ٣/٥٤٢، واقعات المفتين لنقيب زاده ١/١٠٦، الذخيرة للقرافي ٧/٣٠٥، وانظر: الجوهرة النيرة للحدادي ١/٢٧٧، الحاوي للماوردي ٩/٣٠٣، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٥، وفي مغني المحتاج للشربيني ٢/٢٩٦ «لا تثبت الشفعة في منقول» وفي البحر الزخار ٥/٤ «لا تصح الشفعة في المنقول».

(٣) الحاوي ٩/٢٦٩، المجموع للنووي ١٤/٣٤٠.

(٤) كشاف القناع للبهوتي ٤/١٤٠، وفي منح الجليل لعليش ٧/١٩٤ «لا شفعة في غير العقار» وانظر: الشرح الصغير للدردير ٣/٦٣٠ وفي بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٢«لا شفعة في غير العقار وما هو بمعناه» وفي مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٣/٤١٩: «لا شفعة في مملوك فيما سوى العقار».

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٢ وفي مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٣/٤١٩ «لا شفعة إلا في أرضين وسائر العقارات».

صيغ ذات علاقة :

- تصح الشفعة في المنقول وغيره[١]. (أعم من وجه، ومخالِفة من وجه).

شرح الضابط :

موضوع الضابط يتعلق بالمال الذي تثبت فيه الشفعة.

ومفاده منطوقًا واضح، وهو أن المال الذي يصلح أن يُنقل من مكان إلى آخر، لا تثبت فيه الشفعة، كالنقود، والثمار، وعُروض الأموال كالأمتعة المختلفة، والحيوانات، والسفن، والمكيلات والموزونات[٢].

ومفهوم الضابط يفيد: أن ما لا يُنقل من الأموال، هو الذي تجري فيه الشفعة، وهو المال الثابت الباقي في مكانه الذي لا يمكن نقله وتحويله من محل إلى آخر، وهو (العقار)، كالأراضي، والدُّور، والبساتين، والحوانيت[٣]، ويُلحق بالعقار: كل ما له تعلق به، مما له ثبات واتصال، بحيث لا يُنقل ولا يحوَّل كالبئر[٤].

وهذا الذي يفيده مفهوم الضابط، هو الذي تعبِّر عنه بعض صيغ الضابط، مثل: «لا شفعة فيما ليس بعقار»[٥]، و«لا تجب الشفعة إلا في العقار أو ما في معناه»[٦].

(١) البحر الزخار ٥/٤.
(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٠١، ٢/٦٨٨.
(٣) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٩٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/١٠١، ٢/٦٨٨.
(٤) انظر: بداية المجتهد ٢/١٩٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٦٨٨.
(٥) كشاف القناع ٤/١٤٠.
(٦) بدائع الصنائع ٥/١٢.

وما أفاده الضابط بمنطوقه ومفهومه، هو رأي الجمهور من أصحاب المذاهب[١].

قال النووي: «أجمع المسلمون على ثبوت الشفعة للشريك في العقار مالم يُقسم، واتفقوا على أنه لا شفعة في الحيوان والثياب والأمتعة وسائر المنقول، وشذَّ بعض الناس فأثبت الشفعة في العروض»[٢].

وذهب ابن حزم، والزيدية، والإمامية، إلى ثبوت الشفعة في كل شيء، سواء كان عقارًا أم منقولا[٣]، لكن اضطربت كتب الإمامية في بيان رأي مذهبهم في هذا الموضوع: فمنهم من يُثبت الشفعة في كل شيء عقارًا كان أم منقولا، وهذا ما جاء في كتاب (القواعد الفقهية) للبجنوردي:«قاعدة: الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو عَرْض أو متاع»[٤]، وحكى مؤلفه أنها من جملة القواعد الفقهية المشهورة، وأن عليها إجماع الإمامية، وقال في بيان الدليل على هذه القاعدة ناقلا عن أحد أصحاب مذهبه: «ومما انفردت الإمامية: إثباتهم حق الشفعة في كل شيء من المبيعات من عقار، وضَيْعَة، ومتاع، وعروض، وحيوان، كل ذلك مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها»، ثم قال: «دليلنا على صحة مذهبنا: إجماع الإمامية على ذلك، فإنهم لا يختلفون فيه»، قال: «ومن تتبع كلمات فقهاء الطائفة وأقوالهم، لا يبقى له ريب في حصول مثل هذا

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٤١٩/٣، بدائع الصنائع ١٢/٥، بداية المجتهد ١٩٤/٢، الشرح الصغير للدردير ٦٣٠/٣، ٦٣٤، مغني المحتاج ٢٩٦/٢، كشاف القناع ١٤٠/٤، مجلة الأحكام العدلية (م/١٢٨ و١٢٩ و١٠١٧)، شرح النيل لأطفيش ٣٢٧/١١-٣٣٢، وفيه: «اتفق العلماء على شفعة الأصل وما غُرز فيه».

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ٤٥/١١.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم ٣/٨، إعلام الموقعين لابن القيم ١٤١/٢، البحر الزخار ٤/٥، التاج المذهب للعنسي ٤/٣، القواعد الفقهية للبجنوردي ١٧٨/٦- ١٧٩.

(٤) القواعد الفقهية للبجنوردي ١٧٨/٦- ١٧٩.

الإجماع، وإن كان بينهم خلاف في بعض فروع المسألة، وبعض قيودها وشروطها»[١].

وفي مقابل ذلك جاء في (الروضة البهية) خلاف ذلك، ففيه: «وموضوعُها - وهو المال الذي تثبُت فيه: ما لا يُنقل، كالأرض، والشجر إذا بيع منضمًا إلى مَغْرِسِه، لا منفردًا، ومثلُه البناءُ»[٢].

ثم إن معنى عدم جريان الشفعة في المنقولات: أنها لا تجري فيها مقصودة وأصالة، وإن كانت تثبت فيها تبعًا للعقار، فلو اشترى أحد أشجارًا في أرض مملوكة مع أصولها ومواضعها في الأرض المغروسة فيها، تجري في ذلك الشفعة تبعًا للأرض[٣]، أما لو بيعت وحدها، فلا شفعة فيها مطلقًا، لا أصالة ولا تبعًا[٤].

والمنقولات التي تجري فيها الشفعة تبعًا، هي المنقولات المتصلة، أما المنفصلة فلا تجري فيها الشفعة، فلو باع أحد من آخر داره وما فيها من الأمتعة والأثاث والأواني، فللشفيع أخذ الدار بحقها من الثمن بحق الشفعة، وليس له أخذ الأمتعة والأثاث والآنية وما أشبهها - بالشفعة[٥].

---

(١) القواعد الفقهية للبجنوردي ٦/١٧٨-١٧٩، وذكر بعد ذلك تحت القاعدة نفسها ٦/١٨٤ اعتماد القول بثبوت الشفعة في المنقول وغير المنقول عند الإمامية.

(٢) انظر: الروضة البهية للعاملي ٤/٣٩٧، وفي شرائع الإسلام للحلّي ترجيح عدم ثبوت الشفعة أيضًا في المنقول فقد جاء فيه ٣/١٩٩ في بيان ما تثبت فيه الشفعة، ما يلي: «تثبت في الأرضين: كالمساكن، والعراص (أي جمع: عرصة)، والبساتين إجماعا وهل تثبت فيما يُنقل كالثياب والآلات والسفن والحيوان؟ قيل: نعم؛ دفعًا لكلفة القسمة، واستنادًا إلى رواية يونس، عن بعض رجاله، عن أبي عبدالله، وقيل: لا؛ اقتصارًا في التسلط على مال المسلم بموضع الإجماع، واستضعافًا للرواية المشار إليها، وهو أشبه».

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٦٨٨.

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٦٨٨.

(٥) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٦٨٩.

ويستخلص مما سبق أن معنى الضابط: «كل ما يُنقل لا يَثبُت فيه شفعة»، إنما هو في المنقول المنفصل الذي لا يتبع العقار، أما إذا كان يتبعه بصورة ما؛ فإنه تثبت فيه الشفعة تبعًا؛ لأنه لا يُعتبر حينئذ في حكم (المنقول) المراد في نص الضابط.

وبناء على هذا يمكن تحرير مجال الضابط الذي يكون محلًّا لتطبيقاته بما يلي:

- المنقولُ المنفصلُ الذي لا يَتْبَع العقار بأي وجهٍ: لا تثبت فيه الشفعة، وهو واضح من إطلاق نص الضابط.
- المنقولُ المتصلُ بالعقار، التابعُ له: إذا بيع وحده دون العقار: لا تثبت فيه الشفعة؛ لأنه باقٍ على حكم (المنقول) ولم تزُل عنه هذه الصفة، فيندرج أيضًا تحت إطلاق نص الضابط.
- المنقول المتصل بالعقار، التابع له: إذا بيع مع العقار: تثبت فيه الشفعة تبعًا للعقار؛ لأنه وإن كان منقولا في أصله إلا أنه صار هنا في حكم العقار بتبعيته له، فإن ما يتبع العقار يجري مجراه؛ فلا يُعدّ منقولا.
- العقار: تثبت فيه الشفعة؛ لأنه ليس بمنقول، فيكون محلًّا للشفعة؛ عملا بمفهوم الضابط.

أدلة الضابط :

١- ذكر ابن رشد أن عمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار، ما ورد في الحديث الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة فيما لم يُقسم، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطرق فلا شفعة»[١].

---

(١) بداية المجتهد ١٩٤/٢، والحديث بهذا اللفظ في صحيح ابن حبان ٥٩٠/١١ (٥١٨٥) من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه، وهو بألفاظ أخرى في الصحيحين من حديث جابر، رضي الله عنه.

وجه الدلالة منه: أن وقوع الحدود وتصريف الطرق إنما يكون في العقار دون المنقول، قال ابن حجر: «سياق الحديث يُشعر باختصاصها (أي الشفعة) بالعقار وبما فيه العقار»[١].

ويدل الحديث أيضًا على جريان الشفعة في توابع العقار إذا بيع معه، كالبناء والأشجار؛ لما ورد في بعض رواياته: أنه ﷺ قضى بالشفعة في كل مُشتَرَك لم يُقْسَم: رَبْعة أو حائط[٢].

٢- حديث أبي هريرة، رضي الله عنه، أن النبي، صلى الله عليه وآله وسلم، قال: «لا شفعة إلا في دار أو عقار»[٣].

٣- عن عثمان بن عفان، رضي الله عنه، قال: «الأُرَف يقطع كل شفعة»[٤]، و(الأُرَف) بوزن الغُرَف: المعالم والحدود[٥]، ومن المعلوم أن المعالم والحدود لا تقع إلا في العقار.

٤- الشفعة في العقار ثابتة بالنص على خلاف الأصل؛ إذ «الأصل عدم انتزاع الإنسان مال غيره إلا برضاه»[٦]، ولكن تُرِك ذلك في العقار؛ لثبوت النص فيه، فلا يجوز إلحاق غير العقار به[٧].

٥- الشفعة شُرعت لدفع أذى الدخيل وضرره الدائم، وذلك لا يتحقق إلا

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٤/٤٣٦.

(٢) انظر: كشاف القناع ٤/١٤٠ والحديث رواه مسلم ٣/١٢٢٩ (١٦٠٨) من حديث جابر، رضي الله عنه، قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تُقسم رَبْـعة أو حائط» الحديث.
و(الرَّبْـعة) بفتح الراء واسكان الباء، تأنيث الرَّبْع: الدار والمسكن، وأصله المنزل الذي كانوا يرتبعون فيه، أي يقيمون فيه. انظر شرح النووي على مسلم ١١/٤٥.

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٦/١٨٠ (١١٥٩٧) وضعفه.

(٤) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٦/١٧٣ (١١٥٧٧).

(٥) انظر: سنن البيهقي ٦/١٠٥، إعلام الموقعين ٢/١٤١-١٤٢، تاج العروس للزبيدي ٢٣/١١.

(٦) إعلام الموقعين ٢/١٤١.

(٧) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٦٨٨، إعلام الموقعين ٢/١٤١.

في الأراضي والعقارات؛ لأنها هي التي تدوم فيدوم ضررها، أما ضرر المنقول فليس بدائم[(١)].

٦- الضرر في العقار يكثر جدًّا ويعظُم، فإنه يحتاج الشريك إلى إحداث المرافق، وتغيير الأبنية، وتضييق الواسع، وتخريب العامر، وسوء الجوار، ولا يقدر الشريك على التخلص من شريكه الداخل عليه في العقار؛ لصعوبة بيع العقار، وتعذُّر ذلك في كثير من الأوقات، وليست كذلك العروض وما يُنقل ويحوَّل؛ فإن الانفصال عن الشركة فيها يسير؛ لسهولة بيعها، والخروج عنها في كل الأوقات، وأكثر الحالات[(٢)].

٧- ما يَتْبَع العقار، يجري مجرى العقار[(٣)]؛ وبناءً عليه: تثبت الشفعة في المنقولات التابعة للعقار.

تطبيقات الضابط:

١- إذا باع شخص لأجنبيٍّ حصته من دار مشتركة بينه وبين آخر، فللشريك الحق في الأخذ بالشفعة؛ لأن الدار عقار، والشفعة في العقار ثابتة[(٤)].

٢- إذا كانت الأرض مشتركة بين شخصين، فقام أحدهما ببيع حصته

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٢، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٢٥٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٦٨٨، مغني المحتاج ٢/٢٩٦، كشاف القناع ٤/١٤٠، إعلام الموقعين ٢/١٤٢.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٢/١٤٢، المفهم للقرطبي (باب الشفعة).

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢/١٩٤.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤/٩٨، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٤٨٠، المدونة لسحنون ٤/٢١٦، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٧٠، الإنصاف للمرداوي ٦/٢٥٦.

منها لأجنبي، فللشريك الآخر حق الأخذ بالشفعة؛ لأن الشفعة ثابتة في العقار[١].

٣- إذا باع أحد الشركاء نصيبه في حيوان مشترك لأجنبي، لم يثبت لسائر الشركاء حق الأخذ بالشفعة؛ لأن الحيوان منقول[٢]، وكل ما ينقل لا تثبت فيه الشفعة.

٤- إذا كانت السفينة (أو السيارة أو الطائرة أو غير ذلك من المركبات الناقلة) مشتركة بين رجلين أو أكثر فباع أحدهم حصته من ذلك لأجنبي، فلا يثبت حق الأخذ بالشفعة في ذلك؛ لأن ذلك منقول، والمنقول لا تثبت فيه الشفعة[٣].

٥- من ابتاع أرضًا بزرعها الأخضر، ثم قام شفيع بعد طيبه، فإنما له الشفعة في الأرض دون الزرع، بما ينوبها من الثمن بقيمتها من قيمة الزرع على عروشه يوم الصفقة[٤]؛ وهذاجارٍ على مقتضى الضابط، وهو أن الشفعة إنما تثبت في العقار دون المنقول.

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

---

(١) انظر: مجمع الأنهر ٤٨٠/٢، المدونة ٢١٦/٤، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤٤/٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٣٦/٢.

(٢) انظر: المدونة ٢١٦/٤، التاج والإكليل للمواق ٣٨١/٧.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٢٥٢/٥، الجوهرة النيرة للعبادي ٢٧٧/١، المدونة ٢١٦/٤.

(٤) التاج والإكليل ٣٨١/٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٥٩

نص الضابط: الشُّفْعَةُ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ أَمْ عَلَى مقدارِ الحِصَصِ؟[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

أ- صيغ الشطر الأول من الضابط:

١- الشفعة على الرؤوس لا على الحصص[(٢)].

٢- الشفعة على عدد الرؤوس ولا يعتبر اختلاف الأملاك[(٣)].

٣- الشفعة بين الشركاء على الرؤوس لا على السهام[(٤)].

٤- الشفعة على سواء تُستحق على عدد الرءوس[(٥)].

---

(١) الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني ٨٥/٣ ونصه: «الشفعة على عدد الرؤوس وليس على الأنصباء» وفي النتف في الفتاوى للسغدي ٥٠٣/١ «الشفعة على الرؤوس لا على الأنصباء». وفي السنن الكبرى للبيهقي ١١٠/٦ «الشفعة على مقدار الحصص».

(٢) البحر الزخار لابن المرتضى ٢١/٥.

(٣) بداية المبتدي للمرغيناني ص٢٠٧ وفي فتاوى قاضيخان ٥٣٦/٣ «الشفعة على عدد الرؤوس».

(٤) منهج الطالبين لخميس الرستاقي ١١٣/١٢.

(٥) التاج المذهب للعنسي ١١/٣.

ب - صيغ الشطر الثاني من الضابط :

١- الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم من الملك[١].

٢- إنما الشفعة على قدر الأنصباء وليس على عدد الرجال[٢] .

٣- الشفعة على قدر حظوظ الشفعاء[٣].

٤- الشفعة على قدر الأملاك[٤].

صيغ ذات علاقة :

١- الشفعة لا تثبت إلا في ملك[٥] . (أصل).

٢- لا شفعة إلا لشريك في مشاع من الأصول[٦]. (أصل).

٣- كل صاحب شِرك أخص، يُقدَّم على الأعم في الشفعة[٧]. (متفرع).

٤- الشفعة لا تثبت لغير الشريك الواحد[٨]. (صيغة مخالفة).

شرح الضابط :

موضوع هذا الضابط خلافي بين أهل العلم، وهو فيما يتعلق بكيفية توزيع الشفعة وتقسيمها بين شفعاء متعددين.

---

(١) الكافي لابن عبدالبر ص ٤٤٤، الموطأ بشرح المنتقى للباجي ٦/٢١١.

(٢) المدونة ١٤/٤٠٢، وانظر: النوادر والزيادات للقيرواني ١١/١٥٠، وفي المنتقى للباجي ٦/٢١١ «الشفعة بين الشركاء على قدر ما لهم من الأنصباء، وليست الشفعة على عدد الشركاء».

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي ص١٨٩.

(٤) البيان للعمراني ٧/١٥٥، وفي دليل الطالب لمرعي الحنبلي ص١٥٥ «الشفعة بين الشفعاء على قدر أملاكهم» .

(٥) المبدع لابن مفلح ٥/٢١٧، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٦) الكافي لابن عبد البر ١/٤٣٨.

(٧) الذخيرة للقرافي ٧/٢٦٩.

(٨) الروضة البهية للعاملي ٤/٣٩٧.

توضيح ذلك: أنه إذا كان ما يجب فيه الشفعة ملكًا لجماعة، وهم متفاوتون في قدر الملك، وباع أحدهم حصته، فهل يأخذ الشفعاء ما يستحقونه - بسبب الشفعة - على عدد رؤوسهم بالتساوي فيما بينهم وإن اختلفت حصص ومقادير أملاكهم، أم يأخذون على قدر حصص ملكيتهم بحسب تفاوتها قلةً وكثرة؟ فيه خلاف على رأيين:

الرأي الأول: أن الشفعة تكون بعدد رؤوس الشفعاء: ذهب إليه الحنفية، والشافعية في قول اعتمده جمع من متأخريهم، والحنابلة في قول اختاره ابن عقيل، ومعهم الظاهرية، والزيدية، والإباضية في قول، والإمامية في قول[1]، وروي ذلك عن النخعي، والشعبي، وبه قال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والثوري[2].

الرأي الثاني: أن كل واحد من الشفعاء يأخذ على قدر حصته من الملك: وإليه ذهب المالكية، والشافعية في أحد القولين وهو ما صححه الشيخان الرافعي والنووي وهو المعتمد، والحنابلة على الصحيح من المذهب، ومعهم الإباضية في قول، والإمامية في قول[3]، وروي ذلك عن الحسن، وابن سيرين، وعطاء وشريح، وبه قال إسحاق بن راهويه، وأبو عبيد[4].

وشذَّ الإمامية في القول الأظهر عندهم: أن الشفعة لا تثبت لغير الشريك

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٢٥/٤، كفاية الأخيار ص ٢٨٧، الإقناع للشربيني ٣٤٠/٢، المحلى ٢٧/٨- ٢٨، التاج المذهب ١١/٣، البحر الزخار ٩/٥، ٢١، منهج الطالبين لخميس الرستاقي ١١٣/١٢، شرح النيل ٤١٣/١١-٤١٤، شرائع الإسلام للحلّي٢٠١/٣.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٢٠٩/٥، مصنف ابن أبي شيبة ٥٠١/٤.

(٣) انظر: القوانين الفقهية ص١٨٩، الشرح الصغير للدردير ٦٤٦/٣، كفاية الأخيار ص٢٨٧، الإقناع للشربيني ٣٤٠/٢، المغني ٢٠٩/٥، شرح المقنع لابن قدامة ٤٩٠/٥، المحلى ٢٧/٨-٢٨، شرائع الإسلام ٢٠١/٣.

(٤) انظر: المغني ٢٠٩/٥، مصنف ابن أبي شيبة ٥٠١/٤.

الواحد، ففي الروضة البهية: «ولا تثبت لغير الشريك الواحد على أشهر القولين»[١].

فعلى القول بكون الشفعة على عدد الرؤوس، وعدم اعتبار مقدار الحصص فيها، «فصاحب النصيب القليل وصاحب الكثير فيها سواء»[٢].

فلو كانت دار بين ثلاثة: لأحدهم نصفها، وللثاني ثلثها، وللثالث سدسها، فعند بيع كل واحد من هؤلاء الثلاثة لحصته، تُقسم حصته بين الشفيعين الباقيين بالمناصفة على كل حال.

فإن باع مثلا صاحب النصف نصيبه، قُسم هذا النصف بين الشفيعين الآخرين بالمناصفة، لكل واحد الربع، وليس لصاحب الثلث أن يأخذ ضعفي صاحب السدس بحجة أن حصته في المشفوع به ضعفًا حصة الآخر.

وإن باع صاحب الثلث، صار لصاحب النصف الثلثان، وللآخر الثلث.

وإن باع صاحب السدس، فلصاحب النصف ثلث وربع، ولصاحب الثلث ربع وسدس[٣].

أما على الرأي الآخر وهو كون الشفعة على قدر الأملاك: فيأخذ كل شفيع بقدر نصيبه، إن كان قليلا فقليلا، وإن كان كثيرًا فبقدره[٤].

ففي المثال نفسه المتقدم (الدار المملوكة بين ثلاثة): تُقسم الشفعة بين الشركاء الثلاثة على قدر سهام كل منهم:

فمثلا عند ما يبيع صاحب النصف، يكون لصاحب السدس ثلث حصته

---

(١) الروضة البهية ٤/٣٩٧، وانظر: شرائع الإسلام ٣/٢٠١.

(٢) الحجة على أهل المدينة ٣/٨٥.

(٣) انظر: المغني ٥/٢١٠، مجلة الأحكام العدلية م/١٠١٣، درر الحكام لعلي حيدر ٢/٧٦٢.

(٤) انظر: الموطأ ٦/٢١١.

بالشفعة، ولصاحب الثلث ثلثاها[١].

وإن باع صاحب الثلث نصيبه، يكون لصاحب النصف ثلاثة أرباعه بالشفعة، ولصاحب السدس ربعه.

وإن باع صاحب السدس، يكون لصاحب النصف ثلاثة أخماسه بالشفعة، ولصاحب الثلث خمساه[٢]، وعلى هذا العمل في كل ما كان مثل ذلك[٣].

أدلة الضابط :

أدلة القائلين بأن الشفعة على عدد الرؤوس:

١- إن أصل الشفعة موضوع لدفع الضرر[٤]، وهي العلة التي بُني عليها توزيع الشفعة على الرؤوس[٥]، ومما يؤيد ذلك أن الشفيع لو انفرد لاستحق جميع الشفعة؛ لئلا يتضرر بدخول المشتري معه، ولو كانت الشفعة بقدر الحصص؛ لما استحق الشفيع المنفرد حينئذ إلا بقدر حصته؛ وعلى هذا فإذا اجتمع عدد من الشفعاء تساوى الجميع في التقسيم كالبنين في الميراث[٦].

٢- لما كان كل من الشفعاء المتعددين متساويًا مع الآخر في الاستحقاق، اقتضى ذلك مساواتهم في الحكم أيضًا؛ لأن علة الاستحقاق اتصال الملك لا مقداره، والترجيح لقوة العلة لا لكثرتها، وفي جعل الشفعة على مقدار الأملاك لا على عدد

---

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ص ٤٤٤، المغني ٥/٢١٠.

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ص ٤٤٤، المغني ٥/٢١٠، الشرح الصغير للدردير ٣/٦٤٦.

(٣) الكافي لابن عبد البر ص ٤٤٤.

(٤) المسالك لابن العربي ٦/١٨١.

(٥) انظر: المسالك ٦/١٨٥.

(٦) انظر: المغني ٥/٢٠٩، المسالك ٦/١٨٥، كفاية الأخيار ص ٢٨٧، البحر الزخار ٥/٩.

الرؤوس: يكون الترجيح للكثرة لا للقوة[١]. (حيث تكون الشفعة بحسب كثرة الحصص وقلتها، بخلاف الترجيح بالقوة؛ حيث يتساوى حينئذ الشفعاء كلهم في الاستحقاق نظرًا إلى أصل الملك، وهي العلة الموجبة للشفعة).

٣- وما ذُكر من أن الترجيح ليس بكثرة العلة، وإنما هو بقوتها، له نظير في باب الشفعة نفسها، وهو أن الشريك في نفس المبيع يُرجَّح في استحقاق الشفعة على الشريك في حقوق المبيع ومرافقه، ويرجَّح كذلك على الجار[٢].

أدلة القائلين بكون الشفعة على مقدار الحصص:

١- جرى قضاء فقهاء أهل المدينة في عصر السلف، بكون الشفعة على مقدار الحصص: فقد أخرج البيهقي في سننه الكبرى من طريق ابن أبي الزناد عن أبيه عن الفقهاء الذي ينتهى إلى قولهم من أهل المدينة: كانوا يقولون في النفر يرثون من أبيهم مالا، فيموت أحدهم ويترك ولدًا، فيبيع أحدُ ولده حقه من ذلك المال؛ فالولد وأعمامه شركاؤه في الشفعة على قدر حصصهم، إذا كان المال لم يُقسم وتقع فيه الحدود، وذكر عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبي الزناد عن محمد بن عمارة الحزمي: أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم قضى بذلك[٣].

---

(١) انظر: درر الحكام ٧٦٢/٢.

(٢) ومن نظائر عدم الترجيح بكثرة العلل: ما لو أقام أحد الطرفين شاهدين على دعواه، وأقام الطرف الثاني عشرة شهود، كان الاثنان مساويين للعشرة، ولا حق لرجحان صاحب الشهود العشرة لمجرد كثرة شهوده، على صاحب الشاهدين لقلة شهوده. انظر درر الحكام ٧٦٢/٢.

(٣) سنن البيهقي ١١٠/٦.

٢- «الشفعة فائدة من فوائد المِلك؛ فقُدِّرت بقدر الملك كالغلّة»[١]، فإن كل واحد من الملاّك يأخذ على قدر ملكه من الثمرة[٢].

٣- أن الشفعة إنما وجبت بين الشفعاء المتعددين لشركتهم لا لعددهم؛ فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل أصل الشركة[٣].

تطبيقات الضابط :

١- لو ورث أخوان دارًا، أو اشترياها بينهما نصفين، أو غير ذلك، فمات أحدهما عن ابنين، فباع أحدهما نصيبه، فالشفعة بين أخيه وعمه، قال ابن قدامة: وهل تُقسم بين العم وابن أخيه نصفين، أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين[٤].

٢- على القول بكون الشفعة على قدر الأنصباء: فلو كان نصف الدار لأحد، وثلثها للثاني، وسدسها للثالث، فباع صاحب النصف حصته، فاشتراه منه صاحب الثلث، يُترك للمشتري (صاحب الثلث) نصيبه في الشفعة، وهو ثلث الشقص، فيصير مجموع ما يحوزه بالشفعة: ثلثا الجميع، ويأخذ صاحب السدس الباقي من الشقص، فيصير مجموع ملكيته، بضم ما عنده من السدس الأصلي: ثُلث الجميع[٥].

---

(١) المسالك لابن العربي ٦/١٨٥، وانظر: المغني ٥/٢٠٩، كفاية الأخيار ص ٢٨٧، الإقناع للشربيني ٢/٣٤٠.

(٢) انظر: المغني ٥/٢٠٩، كفاية الأخيار ص ٢٨٧، الإقناع للشربيني ٢/٣٤٠.

(٣) انظر: المنتقى للباجي ٦/٢١١، التاج والإكليل ٥/٣٢٥.

(٤) المغني ٥/٢١٠، المحلى ٨/٢٧.

(٥) انظر: منح الجليل ٧/٢٢٠، الشرح الصغير للدردير ٣/٦٤٧، كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن المالكي ٢/٢٥٤-٢٥٥.

وعلى القول بكون الشفعة على عدد الرؤوس: يُقسم الشقص - في المثال المذكور- على عدد الشفعاء بمن فيهم (الشفيع المشتري)، فتبقى حصة المشتري على عهدته، وتُعطَى باقي الحصص للشفعاء، فمثلا في الصورة السابقة التي بيعت فيها حصة صاحب النصف، واشتراها منه صاحب الثلث: يُقسم هذا النصف مناصفة بين المشتري (صاحب الثلث) وبين صاحب السدس؛ وبناء عليه فأحد النصفين يبقى في عهدة المشتري؛ لأنه شفيع بنفسه، وثاني النصفين يُعطَى لصاحب السدس[1].

٣- إذا كانت ثماني دُور، وكان أربع منها ملكًا لشخص واحد، وكانت الأربع الباقية ملكًا لأربعة أشخاص آخرين، فباع أحد هؤلاء الأربعة داره، فعند قسمة الشفعة على عدد الرؤوس: يأخذ صاحب الأربع الدور (ربعًا واحدًا فقط، ولا عبرة لمقدار أملاكه) والثلاثة الأرباع الأخرى تكون لأصحاب الدور الباقية؛ لتكون الشفعة بالتساوي بين الجميع بعدد رؤوسهم[2].

٤- لو كان أحد الشفعاء ملاصقًا من جانب واحد، وآخر ملاصقًا من ثلاثة جوانب، يكونان متساويين في الشفعة عند من يقول بالشفعة على عدد الرؤوس، ولا اعتبار لمقدار الاتصال[3]، وعلى أن الشفعة بمقدار الحصص: يكون للملاصق من ثلاثة جوانب ما يعادل ذلك وهو ثلاثة أرباع المبيع بالشفعة.

---

(١) انظر: درر الحكام ٢/ ٧٦٢.
(٢) انظر: درر الحكام ٢/ ٧٦٣.
(٣) انظر: درر الحكام ٢/ ٧٦٣.

٥- لو صالح من دم عمد على شقص من دار، فالشفعة فيه بقيمة السهم[١]؛ بناء على أنها على مقدار الحصص لا على الرؤوس.

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) الكافي لابن عبدالبر ص٤٤٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٦٠

نص الضابط: الشُّفْعَةُ حَقٌّ يُورَثُ عَنِ الْمَيِّتِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الشفعة حق ماليٌّ موروث[٢].

٢- الشفعة موروثة عمن تجب له[٣].

٣- خيار الشفعة موروث[٤].

٤- خيار الشفعة هل يورث؟[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- الحقوق تورث كما تورث الأعيان[٦]. (أعم).

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٣٧٩، وفي المغني ٥/٢١٦ «حق الشفعة ينتقل إلى الورثة».
(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢١٧.
(٣) الكافي لابن عبد البر ص ٤٤٣، وانظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٩٨، وفي نهاية المطلب للجويني ٧/٣٥٤ «الشفعة موروثة».
(٤) المسالك في شرح موطأ مالك لابن العربي ٦/١٨٥.
(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٢.
(٦) شرح الخرشي ٥/١٧، وبألفاظ أخر: «الحقوق تورث كما يورث المال» المنثور للزركشي ٢/٥٥، «الحقوق تورث كالأموال» طرح التثريب للعراقي ٦/٢٣١.

٢- ما كان تابعًا للمالك يورث عنه[١]. (أعم).

٣- لا تورث مطالبة الشفعة، من غير مطالبة صاحبها[٢]. (قيد).

شرح الضابط:

موضوع هذا الضابط يتعلق بانتقال حق الشفعة عن طريق الميراث، وهو في أصله خلافي بين أهل العلم، إلا أن جمهور أصحاب المذاهب يرون انتقال حق الشفعة إلى الورثة، إما مطلقًا أو بتفصيل.

وهذا الرأي القائل بجريان الإرث في حق الشفعة، هو الذي بُني عليه هذا الضابط، وفي مقابل ذلك: هناك رأي آخر لبعض أهل العلم بعدم وراثة حق الشفعة.

وفي ضوء ما تقدم، يمكن عرض مزيد من التوضيح والتفصيل حول الرأيين المذكورين:

الرأي الأول: أن الشفعة تورث:

هذا الرأي ينقسم إلى شِقّين:

الشق الأول: أن الشفعة تورث مطلقًا، سواء أكان الشفيع قد طلبها قبل موته أولم يطلبها، وذلك بناء على أن الشفيع المورِّث كان امتلك هذا الحق قبل موته، فيمتلك الورثة المطالبة به مبنيًا على ملك مورِّثهم له. قال بذلك المالكية، والشافعية، والإباضية في القول المختار، والإمامية في القول الأصح[٣].

---

(١) المنثور ٢/٥٦.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٦/٢٩٧.

(٣) انظر: المحلى ٨/٢٤ والمغني ٥/٢١٦، المدونة لسحنون ١٤/٤١٧، بداية المجتهد ٢/١٩٨، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٨٩، التنبيه للشيرازي ص ١١٨، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ٧/١٦ لمجموعة من المؤلفين: مصطفى الخِن ومصطفى البُغا وعلي الشرْبجي، شرح النيل ١١/٤٥٢، الروضة البهية ٤/٤١٢، شرائع الإسلام للحلي ٣/٢٠٩.

الشق الثاني: أن الشفعة تورث إذا كان الشفيع قد طلبها قبل موته، بناء على أن الطلب مقرِّرٌ للحق، وإذا تقرر الحق وجب أن يكون موروثًا، فإذا لم يكن الشفيع طلب شفعته قبل موته، تسقط شفعته ولا تنتقل إلى الورثة. هذا ما قال به الحنابلة على الصحيح من المذهب، والظاهرية، والزيدية، وهو قول للإباضية[١].

قال الإمام أحمد: «الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار، لم يكن للورثة هذه الثلاثة الأشياء إنما هي بالطلب، فإذا لم يطلب، فليس تجب إلا أن يُشهِد أني على حقي من كذا وكذا، وأني قد طلبتُه، فإن مات بعده، كان لوارثه الطلب به»[٢].

الرأي الثاني: أن الشفعة لا تورث:

هذا ما قال به الحنفية، فالشفعة لا تورث عندهم مطلقًا، إلا إذا كان الشفيع قد أخذ بحقه فيها فعلا، وملَك المحل المشفوع قبل موته، فإن مات قبل أن يكون مالكًا للمشفوع، لم ينتقل حق الشفعة إلى ورثته، سواء تُوفي قبل الطلب أم بعده[٣]، وقال الإمامية أيضًا في قول لهم بعدم وراثة الشفعة مطلقًا[٤].

أدلة الضابط:

١- الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة

---

(١) انظر: المغني ٢١٦/٥، الكافي لابن قدامة ٤٣٣/٢، قواعد ابن رجب ص ٣٦٢-٣٦٣، الإنصاف ٢٩٧/٦، زاد المستقنع للحجاوي ص ١٣٩، كشاف القناع للبهوتي ١٤٢/٤، المحلى ٢٤/٨، التاج المذهب ٣٧/٣، البحر الزخار لابن المرتضى ١٧/٥، شرح النيل ٤٥٢/١١-٤٥٣.

(٢) المغني ٢١٦/٥.

(٣) انظر: النتف في الفتاوى ٥٠٣/١، تحفة الفقهاء ٦١/٣، الهداية للمرغيناني ٣٨/٤، مجلة الأحكام العدلية (م/١٠٣٨)، درر الحكام ٧٣٠/٢-٧٣١.

(٤) انظر: الروضة البهية ٤١٢/٤، شرائع الإسلام للحلّي ٢٠٩/٣.

الحق في هذا المعنى للمال[١]؛ وعليه فالشفعة حق من الحقوق، فتورث كما تورث الأموال، (سواء باعتبار أن الوارث يقوم مقام المورِّث في الحقوق كما يقوم مقامه في الأموال، أو أن حاجة الوارث إلى الحقوق كحاجة المورِّث إليها)[٢]، ولم يثبت في الشفعة مفارقتها للمال في عدم الوراثة.

٢- كل حق لازم تعلق بالمال يورث، كحق الخيار والشفعة[٣].

٣- إن خيار الشفعة ثابت لدفع الضرر عن المال، فيُورَّث، كما في خيار الردّ بالعيب، فإنه يورَّث أيضًا[٤].

واستدل الحنفية (القائلون بعدم وراثة الشفعة) بما يلي :

١- الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال[٥]؛ وعليه فيقول الحنفية: الشفعة ليست حقًّا ماليًّا، فلا تثبت فيها الوراثة؛ لأن محل الوراثة هو الأموال وما في حكمها، والشفعة ليست كذلك.

٢- الحقوق المجردة لا تورث[٦]، ومنه حق الشفعة، فإنه حق ليس بمال، وإنما هو عبارة عن مجرد رأي ومشيئة بين أن يأخذ أو يترك، وهو قائم بالشفيع، لا يُتصور انتقاله إلى الوارث؛ لأنه لا يبقى بعد

---

(١) بداية المجتهد ١٩٨/٢، وانظر: قواعد ابن رجب ص ٣٦٢، مغني المحتاج للشربيني ٤/٣، المبسوط للسرخسي ١١٦/١٤، العناية للبابرتي ٤١٧/٩.

(٢) انظر: المبسوط ١١٦/١٤، العناية ٤١٧/٩.

(٣) مغني المحتاج ٤/٣.

(٤) انظر: المهذب للشيرازي ٣٨٣/١.

(٥) انظر: بداية المجتهد ١٩٨/٢.

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٨١/٤، ١٤٦/٥، النتف في الفتاوى ٥٠٣/١.

موت الشفيع ليخلفه الوارث فيه، والإرث فيما يقبل الانتقال[١].

٣- إن السبب الذي به كان يأخذ الشفيع حصته بالشفعة، زال بموته، وهو ملكه عن داره التي يشفع بها، وقيام السبب (وهو ملك الشفيع لداره التي كان يستحق الشفعة بسببها) من وقت البيع إلى وقت أخذ الشفعة شرط لثبوت حق الأخذ، ولم يوجد في حق الميت؛ فبطلت شفعته[٢]، ويؤيده أن الشفيع لو كان أزال هذا السبب باختياره -في حال حياته - بأن باع ملكه قبل أن يأخذ المشفوع، لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، فكذلك إذا زال السبب بموته[٣].

٤- إن استحقاق الشفعة ينبني على صفة الملكية؛ ولهذا لايثبت حق الأخذ بالشفعة لجار السكنى، وصفة الملكية تتجدد للوارث بانتقال ملك المورث إليه، ولما كان المورِّث غير مالك للعقار المشفوع، فكذلك الوارث لا يكون مالكًا[٤].

تطبيقات الضابط :

١- لو حضر أحد الورثة مطالِبًا بحقه في الشفعة، لم يُقضَ له بشيء حتى يجتمع جميعهم، فإن عفا أحدهم سقط حقه، لكن هل يسقط حق الباقين؟ فيه وجهان:

---

(١) انظر: المبسوط ١١٦/١٤، حاشية ابن عابدين ٥٨١/٤، ١٤٦/٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٢٥٧/٥-٢٥٨، درر الحكام ٧٣٠/٢.

(٢) انظر: المبسوط ١١٦/١٤، تبيين الحقائق ٢٥٧/٥-٢٥٨، العناية ٤١٧/٩، درر الحكام ٧٣٠/٢ - ٧٣١.

(٣) انظر: المبسوط ١١٦/١٤، العناية ٤١٧/٩، مجلة الأحكام العدلية (م/١٠٣٩)، درر الحكام ٧٣١/٢.

(٤) انظر: المبسوط ١١٦/١٤، درر الحكام ٧٣٠/٢.

أحدهما : يسقط حق من لم يعفُ أيضًا؛ لأنها شفعة واحدة، فإذا عُفي عن بعضها سقط جميعها، كالشفيع الواحد إذا عفا عن بعض الشقص، تسقط شفعته كلها.

والثاني : أن من لم يَعفُ عن شفعته لا يسقط حقه، بل يأخذ منها بقدر ميراثه، ولا يكون عفو غيره مبطلا لحقه، بخلاف صورة الشفيع الواحد إذا عفا عن بعض شفعته، تسقط كلها؛ لأن الواحد العافي عن بعض حقه مختار للعفو؛ فجاز أن يسري عفوه في جميع حقه، وليس الباقي من الورثة مختارًا للعفو فلم يَسْرِ عفو غيره في حقه(١).

٢- تنتقل الشفعة إلى الورثة كلهم على قدر مواريثهم، فلو كان الورثة مثلا: زوجة وابنًا، فللزوجة الثمن، والباقى للابن؛ لأن الورثة إنما يأخذون حق الشفعة عن ميتهم، فكانت الشفعة بينهم على قدر مواريثهم(٢)، وهكذا إذا مات الشفيع، وخلف ابنًا وبنتًا، فإنهما يرثان حق الشفعة، ويتفاوتان للتفاوت في الإرث(٣).

٣- يستوى في الورثة: الوارث بنسب وسبب، بل قد يكون الوارث لها: بيت المال، فيأخذ إمام المسلمين بها إذا كان الشخص لا وارث له، ومات بعد المطالبة بها، كما صرَّح به بعض علماء الحنابلة(٤).

٤- للوارث الشفعة ولو استغرق الدَّين التركة: فلو مات شخص وله شقص من دار، وعليه دَين ولو مستغرقًا، فباع الشريك حصته قبل بيع الشقص في الدَّين، فللوارث أخذه بالشفعة؛ بناء على أن الدَّين لا

---

(١) انظر: المهذب ١/٣٨٣ وتكملة المجموع للمطيعي ١٤/٣٤٥-٣٤٦.

(٢) انظر: المغني ٥/٢١٧، الإنصاف ٦/٢٩٩، تكملة المجموع للمطيعي ١٤/٣٤٥.

(٣) انظر: الوسيط للغزالي ٤/٩٤.

(٤) انظر: قواعد ابن رجب ص ٣٦٩، الإنصاف ٦/٢٩٩، تكملة المجموع للمطيعي ١٤/٣٤٥.

يمنع انتقال الملك في التركة للوارث[١].

٥- إن مات الشفيع وعليه دَين قبل أخذ حصته من الشفعة، فبِيع بعض حصته في دَيْنه جبرًا على الوارث وبقي باقيها له، كان له الشفعة[٢].

٦- إن وجبت الشفعة للميت، ووَرِثها الحمْل، أُخِّرت لانفصاله، فليس لوليِّه الأخذ له بالشفعة قبل انفصاله؛ لأنه لا يتيقن وجوده. وقيل: له ذلك[٣].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٨٠.
(٢) مغني المحتاج ٢/٣٠٩.
(٣) أسنى المطالب ٢/٣٨٠.



ضوابط باب الحوالة



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٦١

نص الضابط: كُلُّ دَيْنٍ تَصِحُّ بِهِ الكَفَالَةُ فَالحَوَالَةُ بِهِ صَحِيحَةٌ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل دين تصح كفالته تصح حوالته ما لم يكن مجهولا[٢].

٢- كل دين تصح الكفالة به تصح الحوالة به أيضًا، لكن يلزم أن يكون المحال به معلومًا[٣].

شرح الضابط:

(الحَوالة) لغة: مأخوذ من الحَوْل، بمعنى دار ومَضَى، ومنه التحويل: وهو نقل شيء من محل إلى آخر[٤]، فـ(الحوالة) لغة: هي النقل، وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال[٥].

---

(١) مرشد الحيران ١/١٢٦.

(٢) الموسوعة الكويتية ١٨/٢٠٠، وفي ١٨/٢٠١ بلفظ: «كل دين صح ضمانه صحت حوالته ما لم يكن مجهولا».

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٣١.

(٤) انظر: المغرب للمطرزي ص ١٣٤.

(٥) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ٧/٢٣٨.

و(الحوالة) في اصطلاح الفقهاء لا تخرج عن هذا المعنى اللغوي في الجملة، فهي عندهم: عبارة عن تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به[1]، ويعبر عنها أيضًا: بأنها تحول الدين من ذمة إلى ذمة أخرى تبرأ بها الذمة الأولى[2].

و(الكفالة): ضم ذمة إلى ذمة[3].

وهذا الضابط متعلق بالدين المُحَال به، قرره فقهاء الحنفية، ولغيرهم ضوابط أخرى تتعلق بهذا الموضوع.

ولما كان مضمون هذا الضابط هو قياس دَين الحوالة على دين الكفالة، فلا بد من بيان الدَين المكفول به، فالحنفية يشترطون فيه أن يكون دَينًا لازمًا، ولو لم يكن ثابتًا في وقت الكفالة، فالكفالة بدين لازم صحيحة كالكفالة بما يثبت له على فلان، وقد اختلفت أنظار الفقهاء فيما يشترط في الدين المكفول به، ومحل نظرهم يرجع إلى أمرين هما: ثبوت الدين، ولزوم الدين واستقراره.

فأما ثبوت دين الكفالة: فقد ذهب جمهور الفقهاء - من الحنفية، والمالكية، والحنابلة - إلى أنه لا يشترط في الدين المكفول به أن يكون ثابتًا، بينما ذهب الشافعية إلى اشتراط ثبوته[4].

وأما لزوم دين الكفالة: فقد ذهب جمهور الفقهاء - من المالكية، والشافعية، والحنابلة - إلى أنه يشترط في الدين المكفول به أن يكون لازمًا أو

---

(١) انظر: الجوهرة النيرة لأبي بكر العبادي ٣١٦/١، العناية ٢٣٨/٧.

(٢) انظر: طلبة الطلبة للنسفي ص ١٤٠، التاج والإكليل للمواق ٢١/٧، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢٣٠/٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٣٥/٢.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣١/٢ - ٣٢.

(٤) انظر: المبسوط ١١٦/١٥، الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير٣٣٢/٣ - ٣٣٣، المغني ٣٤٥/٤، مغني المحتاج ٢٠٥/٣، أسنى المطالب ٢٣٨/٢.

آيلا إلى اللزوم، وذهب الحنفية إلى أنه يشترط فيه أن يكون لازمًا ابتداء[(١)].

ومقصودهم بالدَّين اللازم: هو الدين الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء[(٢)]، وبعبارة أخرى: هو الدَّين الذي له مطالب من جهة العباد حقًّا لنفسه، والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء[(٣)].

وهذا الدين هو نفسه الدين الذي تصح حوالته، وقد ذهب فقهاء الحنفية والمالكية إلى أنه يشترط في المال المحال به أن يكون لازمًا، وأما الشافعية: فيشترطون فيه أن يكون لازمًا يجوز الاعتياض عنه، أو أصله اللزوم، والحنابلة لا يشترطون استقرار المال المحال به؛ لأن الحوالة به بمنزلة وفائه، ويصح الوفاء قبل الاستقرار[(٤)]، إلا أنهم زادوا شرطًا في دين الحوالة، وهو أن يكون هذا الدين معلومًا لكل من المـُحِيل والمـُحْتَال، فحوالة الدين المجهول غير صحيحة، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة السنية، والزيدية، والإمامية، والإباضية، على أن الدين المجهول لا تصح الحوالة به[(٥)]، مع أن الكفالة بالدين المجهول صحيحة، فقد ذهب جمهور الفقهاء - من الحنفية، والمالكية، والحنابلة - إلى صحة الكفالة بالدين المجهول، وعند الشافعية لا يصح[(٦)].

---

(١) انظر: الشرح الكبير ٣/٣٣٣ مطبوع مع حاشية الدسوقي ط/ دار (إحياء الكتب العربية)، أسنى المطالب ٢/٢٣٧، كشاف القناع ٣/٣٦٧ ط دار الكتب العلمية، وبدائع الصنائع ٦/٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/٩، الدر المختار ٥/٣٠٢، البحر الرائق ٦/٢٣٥ ط دار الكتاب الإسلامي، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام ٢/٢٩٨ ط دار إحياء الكتب العربية، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٧٦٠ يعبرون عنه أيضًا بالدَّين الصحيح.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية٧/١٨٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٦، مواهب الجليل ٥/٩٢، أسنى المطالب ٢/٢٣٠، شرح منتهى الإرادات ٢/١٣٥ - ١٣٦ ط عالم الكتب.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٦، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٣١، مواهب الجليل ٥/٩٤، شرح البهجة الوردية ٣/١٤٧، شرح منتهى الإرادات ٢/١٣٥، التاج المذهب لأحكام المذهب ٤/١٥١، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/٩٤، شرح النيل ٩/٣٨٣.

(٦) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٧٥٣، ٢/٣١، الشرح الكبير ٣/٣٣٤، أسنى المطالب ٢/٢٣٧، كشاف القناع ٣/٣٦٧، انظر: مقارنة المذاهب في المغني ٤/٣٤٥.

أدلة الضابط :

مما استدل به من قال بعدم صحة الحوالة بالدين المجهول :

١- أن الحوالة عبارة عن نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى، وبهذا النقل يصير المحيل بريئًا، فلا يطلب شيء منه، ولا يمكن الادعاء عليه، وإثبات ذمته بعد النقل، وأما الكفالة: فلكونها ضم ذمة إلى ذمة؛ فيبقى من الممكن بعد الكفالة مطالبة الأصيل وإثبات الدين؛ فلهذا السبب كانت الكفالة بالدين المجهول جائزة، والحوالة به لا تجوز(١).

٢- أن الحوالة إن كانت بيعًا فلا تصح في مجهول، وإن كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم، والجهالة تمنع منه(٢).

مما استدل به من قال بصحة الكفالة بالدين المجهول :

١- أن عليه إجماع الأمة، وهي مبنية على التوسع، فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها، بعد أن يكون متعارفًا، وعلى الكفالة بالدرك انعقد الإجماع مع أنه لا يعلم كم قدر ما يستحق من البيع، وكفى به حجة(٣).

٢- أنها التزام حق في الذمة من غير معاوضة؛ فصح في المجهول، كالنذر والإقرار(٤).

٣- أن الكفالة من قبيل التبرع، والتبرع يصح مع الجهالة كالنذر(٥).

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣١/٢ - ٣٢.

(٢) انظر: المغني ٣٣٧/٤ - ٣٣٨، مغني المحتاج ١٩٢/٣.

(٣) انظر: البحر الرائق ٢٣٥/٦ ط/ دار الكتاب الإسلامي، تبيين الحقائق ١٥٢/٤- ١٥٣ ط/ دار الكتاب الإسلامي، مجمع الأنهر ١٣٠/٢ ط/ دار إحياء التراث العربي.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٣٤٥/٤.

(٥) انظر: الموسوعة الكويتية ٣٠٢/٣٤.

٤- أنه قد جرى بها العرف، والحاجة إلى التعامل بها تبرر ذلك[١].

٥- أنه يصح تعليقه بضرر وخطر، وهو ضمان العهدة[٢].

تطبيقات الضابط:

١- تصح حوالة الديون اللازمة، كثمن البيع، وبدل الإجارة، والقرض، وضمان المتلفات، وبدل المغصوبات، التي تترتب في ذمة المدين أصالة، وبه قال الحنفية[٣]؛ لأن هذا مما تصح الكفالة به، وكل ما تصح الكفالة به فالحوالة به صحيحة.

٢- لو أحال المُحَال عليه المُحْتَال على آخر جاز وبرئ الأول، والمال على الآخر، كالكفالة من الكفيل، وبه قال الحنفية[٤]؛ إذ كل دين تصح به الكفالة فالحوالة به صحيحة بشرط أن يكون معلومًا.

٣- تصح الحوالة بالدين المسلم فيه[٥]؛ لأنه تصح الكفالة به.

٤- تصح حوالة الزوجة بنفقتها غير المفروضة - رغم أنها تسقط بمضي شهر - إذا تمت الحوالة قبل سقوطها، وإلا فلا تصح؛ لأن الحنفية قالوا بذلك في الكفالة بها[٦].

---

(١) انظر: الموسوعة الكويتية ٣/٣٠٢.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٣٤٥.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٣٢.

(٤) انظر: رد المحتار على الدر المختار ٥/٣٤٢ ط/ دار الكتب العلمية.

(٥) هذا مقتضى مذهب الحنفية، فقد نص بعضهم على صحة ضمان المسلم فيه، ومعنى ذلك صحة الحوالة به أيضًا، إذ من قواعدهم أن كل دين صح ضمانه صحت حوالته ما لم يكن مجهولا، انظر: الموسوعة الكويتية ١٨/٢٠١.

(٦) هذا مقتضى مذهب الحنفية، انظر: الموسوعة الكويتية ١٨/٢٠٠.

٥- تصح حوالة الزوجة بنفقتها المفروضة – بالقضاء أو بالتراضي – لكون الحنفية نصوا على صحة الكفالة بها استحسانًا، ومن قواعدهم أن كل دين تصح كفالته تصح حوالته، ما لم يكن مجهولا[١].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) هذا مقتضى مذهب الحنفية، انظر: الموسوعة الكويتية ١٨/١٩٩ – ٢٠٠.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٦٢

نص الضابط: الحَوَالَةُ بَيعٌ أَوِ اسْتِيفَاءٌ؟[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الحوالة استيفاء حق أم بيع واعتياض؟[٢].

٢- الحوالة بيع أو عقد إرفاق؟[٣].

صيغ ذات علاقة:

- الحوالة تجري مجرى المعاوضة أم مجرى أصل الضمان[٤]. (مكمل).

شرح الضابط:

هذا الضابط يتناول بعض المسائل المتعلقة بباب الحوالة؛ إذ الشيء الذي يتردد بين أصلين يختلف الحكم فيه بحسب ذينك الأصلين[٥]؛ ولذلك فإنه ينبني

---

(١) انظر: شرح المحلى على المنهاج للنووي ٢/٤٠١، فتاوى الشهاب الرملي ٢/١٦١، روضة الطالبين للنووي ٤/٢٢٨، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٠، حلية العلماء للشاشي ٥/٤١.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٣١١، مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/٣٠٦.

(٣) انظر: حلية العلماء للشاشي٢/٤٤، ٤/١٩١، الحاوي الكبير للماوردي ٨/٩٣.

(٤) انظر: مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/٣٠٨.

(٥) انظر: مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/٢٩٨.

على تكييف الحوالة معرفة ما يترتب عليها من أحكام، كما يفيد أيضًا في معرفة ما يستجد من نوازل الحوالة.

وللحوالة عشرة أوجه ذكرها الفقهاء، ويجمعها أربعة اتجاهات:

الاتجاه الأول : الحوالة بيع :

هذا الاتجاه يجمع ثلاثة أوجه من الأوجه العشرة السابقة، وهي (الحوالة بيع دين بدين، الحوالة بيع عين بعين، الحوالة بيع عين بدين).

ومحل الاتفاق بين الفقهاء القائلين بهذا الاتجاه: أن الحوالة بيع؛ إذ حقيقتها أنها تبديل مال بمال، فهي نوع من البيوع ينتقل بها الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فالمحتال يبيع ما له في ذمة المحيل بما للمحيل في ذمة المحال عليه، أو أن المحيل يبيع ما له في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين، وبه قال المالكية والشافعية، ووافقهم الإباضية[١].

وبناء على ذلك؛ تطبق عليها أحكام البيع، فيدخلها خيار المجلس، وإنما جاز تأخير القبض فيها رخصة من الشارع الحكيم[٢].

وقد اختلف الفقهاء القائلون بهذا القول في تصنيف هذا البيع، على ثلاثة أقوال[٣]:

الأول : الحوالة بيع دين بدين، يعني: بيع الدين الذي على المحيل بالدين الذي على المحال عليه، واستثني من النهي الوارد في حديث: نهي عن بيع

---

(١) انظر: المنتقى للباجي ٦٧/٥، الذخيرة للقرافي ٢٥٠/٩، مواهب الجليل للحطاب ٩٢/٥، منح الجليل لعليش ١٨٥/٦- ١٨٦، إعانة الطالبين للبكري ١٢٨/٣، مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ٣٠٦/١- ٣٠٧، شرح النيل لأطفيش ٣٧٩/٩- ٣٨٠.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٣٣٦/٤.

(٣) انظر: مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ٣٠٦/١- ٣٠٨، حاشية ابن قاسم على تحفة المحتاج ٢٢٧/٥.

الكالئ بالكالئ[١]، فجوِّز لحاجة الناس مسامحة وإرفاقًا[٢]، ويرى الرافعي من فقهاء الشافعية: أن الحوالة مستثناة للمصلحة، وتعقبه العلائي: بأنه فيه نظر؛ لأن المصالح المرسلة لا تخصص العموم على قاعدة الشافعي؛ إذ لا حجة فيها عنده، بل المخصص له النصوص الواردة في جواز الحوالة وصحتها[٣]، وهذا القول هو المعتمد عند الإمام مالك وجمهور أصحابه، وهو المعتمد أيضًا عند الشافعية، ونص عليه الإمام الشافعي في باب الأطعمة[٤]، ووافقهم الإباضية[٥].

الثاني: الحوالة بيع عين بعين تقديرًا؛ تنزيلا لاستحقاق الدين على الشخص (سواء كان هذا الشخص هو المحيل أو المحال عليه) منزلة استحقاق منفعة تتعلق بعينه، كالمنافع في إجارات الأعيان، وقرروا ذلك للنهي عن بيع الدين بالدين، وبه قال بعض الشافعية، منهم القاضي أبو حامد[٦].

الثالث: الحوالة بيع عين بدين، وهذا القول حكاه ابن الرفعة من الشافعية[٧].

ولعل المقصود بهذا القول: تنزيل استحقاق الدين الذي على المحيل،

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك ٦٥/٢ (٢٣٤٢) وصححه ووافقه الذهبي ٦٦/٢ (٢٣٤٣)، والدارقطني في سننه ٤٠/٤ (٣٠٦٠)، (٣٠٦١)، وابن أبي شيبة في المصنف ٤٦١/٤ (٢٢١٢٧)، والبيهقي في السنن الكبرى ٤٧٤/٥ (١٠٥٣٦-١٠٥٤٠)، وفي الصغير ٢٤٧/٢ (١٨٨٢)، ومعرفة السنن والآثار ٥٢/٨ (١١٠٩٨)، ٢١/٤ (٥٥٥٤) من حديث ابن عمر، رضي الله عنهما.

(٢) انظر: فتح العزيز للرافعي ٣٣٨/١٠.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن الملقن ٣١١/٢.

(٤) انظر: المنتقى للباجي ٦٧/٥، بداية المجتهد لابن رشد ٤٤٥/٢ ط المكتبة الأزهرية، فتح العزيز ٣٣٨/١٠، أسنى المطالب ٢٣٢/٢، فتاوى الشهاب الرملي ١٩٤/٢، حاشية ابن قاسم على تحفة المحتاج ٢٢٧/٥، إعانة الطالبين للبكري ١٢٨/٣.

(٥) انظر: شرح النيل ٣٧٩/٩- ٣٨٠.

(٦) انظر: فتح العزيز ٣٣٨/١٠، مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ٣٠٧/١، حاشية ابن قاسم على تحفة المحتاج ٢٢٧/٥.

(٧) انظر: مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ٣٠٨/١، حاشية ابن قاسم على تحفة المحتاج ٢٢٧/٥.

منزلة استحقاق منفعة تتعلق بعينه، فتكون هذه المنفعة في معنى العين تقديرًا، فإذا ما عقدت الحوالة كانت بيعًا لهذه العين المقدرة بما للمحيل من الدين على المحال عليه؛ فتصير الحوالة بيع عين مقدرة بدين، والله أعلم.

الاتجاه الثاني: الحوالة استيفاء:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحوالة عقد إرفاق، بمعنى أنها تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وليست بيعًا، فكأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل، وأقرضه المحال عليه، وبه قال الحنابلة، ووافقهم الزيدية، والإمامية[١].

وحد الاستيفاء حصول البراءة لمن عليه الدين مع تمكن صاحبه (وهو المختار) من التصرف في بدله، غير أن التصرف اقترن بالاستيفاء، وهو إقراضه منه؛ فعلى ذلك فإن الحوالة استيفاء، وبعد الاستيفاء استحال العود إلى من عليه الدين، ولو كانت معاوضة للزم من ذلك بيع الدين بالدين[٢]، يعني: ومعلوم أنه منهي عنه.

وبناء على ذلك فإنه لا تطبق عليها أحكام البيع، فيجوز التفرق قبل القبض، ولا يدخلها خيار، وتلزم بمجرد العقد[٣].

الاتجاه الثالث: الحوالة فيها معنى البيع ومعنى الاستيفاء:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن تسمية الحوالة معاوضة محضة (بيعًا) غير سديد، وتسميتها استيفاء محضًا غير سديد، والصحيح أنها متركبة من المعاوضة والاستيفاء، فهي معاوضة ضمنت استيفاء، واستيفاء بطريق المعاوضة، وأقرب

---

(١) انظر: المغني ٤/٣٣٦، الإنصاف للمرداوي ٥/٢٢٢، مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/٣٠٦، البحر الزخار لابن المرتضى ٦/٦٧، القواعد الفقهية للبنجوردي ٦/١٢٦- ١٢٧.

(٢) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ١/٨٦، المغني ٤/٣٣٦.

(٣) انظر: المغني ٤/٣٣٦.

شيء شبها بها ما لو أخذ مستحق الدين عوضًا عما له في ذمة المديون، فهذه معاوضة تضمنت استيفاء حق[١].

فالحوالة بيع، لكنها بيع غير مبني على المماكسة والمغابنة، وطلب الربح والفضل، وإنما هو مبني على الإرفاق، فيوفق بين المعنيين ويجمع بينهما، فهي نوع خاص من المعاوضة، يمكن الاصطلاح على أنها معاوضة باستيفاء، ولا خلاف بين أصحاب هذا الاتجاه في اشتمال الحوالة على الاستيفاء والمعاوضة، وإنما الخلاف بينهم في أيهما المغلب (معنى المعاوضة، أم معنى الاستيفاء)، فأما تضمنها المعنيين فلا خلاف فيه عندهم[٢]، وهذا الاتجاه قال به بعض الشافعية، منهم ابن سريج، والقاضي حسين، وإمام الحرمين عبد الملك الجويني، ووالده أبو محمد، والغزالي، والعز بن عبد السلام[٣].

الاتجاه الرابع: أنها ضمان بإبراء:

هذا الاتجاه على التحقيق ليس له معنى في أصل الحوالة، فإن المحتال يملك ما في ذمة المحال عليه في مقابلة ما كان له على المحيل، وإنما تحسن هذه العبارة (أنها ضمان بإبراء) إذا لم يكن على المحال عليه دين[٤]، والمعنى: أن عقد الحوالة هو نفسه عقد الكفالة المشروط فيه براءة الأصيل (الذي يطالب بالحق ابتداء)، وهذا الاتجاه هو أضعف الاتجاهات الفقهية في تكييف الحوالة؛ لذا فإنه لم يذكر في نص الضابط، وإنما أشير إليه في الصيغ الأخرى.

وتجدر الإشارة إلى: أن الحكم في بعض المسائل لا يختلف على الرغم من اختلاف الفقهاء في تكييف الحوالة، ومنها أنه يبرأ بالحوالة المحيل عن دين

---

(١) انظر: نهاية المطلب لإمام الحرمين ٥١٢/٦، مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ٣٠٨/١.

(٢) انظر: نهاية المطلب ٥١٢/٦، روضة الطالبين للنووي ٢٢٨/٤.

(٣) انظر: نهاية المطلب ٥١٢/٦، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٨٢/٢، مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ٣٠٧/١، حاشية ابن قاسم على تحفة المحتاج ٢٢٧/٥.

(٤) انظر: نهاية المطلب ٥١٢/٦.

المحتال، والمحال عليه عن دين المحيل، ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه، أي: يصير في ذمته، سواء قلنا الحوالة بيع أم استيفاء[1].

أدلة الضابط:

أدلة من قال: الحوالة بيع:

١- لأن كل واحد من المحيل والمحال يملك ما لم يكن يملكه، وهذا يعبر عن حقيقة المعاوضة[2]؛ فإن المحيل يملك دينه الذي على المحتال عليه، كما أن المحال يملك المال المحال به[3].

٢- لأنه بتمام الحوالة تسقط المطالبة من الجانبين (مطالبة المحال المحيل، ومطالبة المحيل المحتال عليه)؛ فدل ذلك على أنها معاوضة[4].

واستثنيت من النهي عن بيع الدين بالدين؛ لما دعت إليها الحاجة[5]؛ فإن لكل من المحيل والمحال حاجة في تحصيل دينه، وقد لا يتسنى لهما ذلك إلا عن طريق الحوالة.

أدلة من قال: الحوالة استيفاء:

١- لاشتراط أن تكون الحوالة بين الدينين المتساويين جنسًا وصفة فقط، ولو كانت معاوضة لجاز أن يحيل الشخص بالشيء على أكثر منه، أو أقل[6].

٢- ولأنها بيع لمال الربا بجنسه، فلا يجوز التفرق قبل القبض، ولو كانت

---

(١) انظر: شرح المحلى على المنهاج ٢/٤٠١.

(٢) انظر: فتح العزيز ١٠/٣٣٨، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٣١١، مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/٣٠٦- ٣٠٧.

(٣) انظر: البحر الزخار ٦/٦٧.

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي ٩/٢٥٠.

(٥) انظر: فتح العزيز ١٠/٣٣٨، مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/٣٠٦- ٣٠٧.

(٦) انظر: الإنصاف ٥/٢٢٢، المغني ٤/٣٣٦.

معاوضة لما جاز التفريق قبل القبض إذا كانا طعامين أو نقدين؛ نظرًا لوجود الربا حينئذ[١].

٣- ولأنها تختص بجنس واحد، واسم خاص، ولا يدخلها خيار المجلس[٢].

٤- ولأنها لا تجوز بلفظ البيع[٣]، ولفظها يشعر بالتحول لا بالبيع[٤].

تطبيقات الضابط :

١- لا يثبت خيار في الحوالة، وهو الأصح عند الشافعية؛ بناء على أنها استيفاء، وإذا قلنا إنها بيع ثبت فيها[٥].

٢- لو اشترى سلعة بمائة درهم، وأحال البائع بالثمن على رجل، ثم ردت السلعة بعيب، أو تحالف أو إقالة ونحوها، فالأظهر عند الشافعية البطلان؛ بناء على أنها استيفاء، ولا تبطل؛ بناء على أنها بيع[٦].

٣- الثمن في مدة الخيار في جواز الحوالة به وعليه، وجهان؛ إن قلنا: إنها استيفاء، جاز، وهو الأصح عند الشافعية، وإن قلنا إنها بيع، فلا، كالتصرف في البيع في زمن الخيار[٧].

٤- لو احتال بشرط أن يعطيه المحال عليه رهنًا أو يقيم له ضامنًا، إن قلنا: بأنها بيع، جاز، أو استيفاء، فلا، وهو الأصح عند الشافعية[٨].

---

(١) انظر: الإنصاف ٥/٢٢٢، المغني ٤/٣٣٦.
(٢) انظر: الإنصاف ٥/٢٢٢، المغني ٤/٣٣٦.
(٣) انظر: الإنصاف ٥/٢٢٢، المغني ٤/٣٣٦.
(٤) انظر: الإنصاف ٥/٢٢٢، المغني ٤/٣٣٦.
(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٠- ١٧١.
(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٠- ١٧١.
(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٠- ١٧١.
(٨) انظر: أسنى المطالب ٢/٢٣٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٠- ١٧١.

٥- لو أحال على من لا دين عليه برضاه، فالأصح عند الشافعية والحنابلة بطلان الحوالة؛ بناء على أنها بيع، وعلى القول بأنها استيفاء، تصح[١].

٦- في اشتراط رضى المحال عليه، إذا كان عليه دين، وجهان: إن قلنا: إنها بيع، لم يشترط؛ لأنه حق المحيل، فلا يحتاج إلى رضى الغير، وهو الأصح عند الشافعية هنا، وإن قلنا: إنها استيفاء، اشترط؛ لتعذر إقراضه من غير رضاه[٢].

٧- لو أحال من عليه الزكاة للساعي، جاز إن قلنا: إنها استيفاء، وإن قلنا: إنها بيع، فلا يجوز؛ لامتناع أخذ العوض عن الزكاة، وهذا هو الظاهر عند الشافعية[٣].

٨- لو قال رجل لمستحق الدين: احتل عليَّ بدينك الذي في ذمة فلان، على أن تبرئه، فرضي واحتال، وأبرأ المدين، فقيل: يصح، وقيل: لا يصح؛ بناء على أنها استيفاء؛ إذ ليس للأصيل دين في ذمة المحال عليه[٤].

٩- لو أحال أحد المتعاقدين الآخر في عقد الصرف، وقبض في المجلس، فإن قلنا: إنها استيفاء جاز، وإن قلنا: إنها بيع فلا، وهو الأصح عند الشافعية[٥].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٠- ١٧١، المغني ٤/ ٣٣٧.
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٠- ١٧١.
(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/ ٤٢٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٠- ١٧١.
(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٠- ١٧١.
(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٠- ١٧١.

ضوابط باب الشركة



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٦٣

نص الضابط: الأَصْلُ فِي الشَّرِكَاتِ الجَوَازُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الشركات كلها جائزة[٢].

٢- الشركة بسائر أنواعها عقد جائز[٣].

صيغ ذات علاقة:

- الأصل في الإنسان وتصرفاته: الحرية والإباحة[٤]. (أصل).

شرح الضابط:

الشركات عمومًا على نوعين: شركة أملاك، وشركة عقود.

فـ(شركة الأملاك): هي كرجلين دفع كل منهما خمسين ألفًا واشتريا مثلا

(١) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي: قرار المجمع رقم ١٣٠ (١٤/٤) بشأن موضوع: الشركات الحديثة: الشركات القابضة وأحكامها الشرعية، (فقرة: ثانيا) ونص صيغة المجمع هكذا: «الأصل في الشركات: الجواز إذا خَـلَتْ من المحرَّمات والموانع الشرعية في نشاطاتها».

(٢) أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لمحمد بن بدر الدين بن بلبان ص ١٨٤، تحقيق: محمد ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.

(٣) كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٠٦.

(٤) قاعدة في قسم القواعد المقاصدية.

منزلاً أو أرضًا أو سيارةً، فقد استحقا هذه الأملاك وهما شركاء في ملكيتها، وقد تحصل شركة الأملاك هذه بالاضطرار أي بدون اختيار الشركاء، كما في الإرث، والوقف فلو وَرِث بعض الأشخاص عن مورِّثهم عقارًا مثلا، فإنه يكون مشتركًا بينهم، وهي شركة قسرية جبرية لا حق لهم في اختيارها أو عدم اختيارها، وكذلك في الوقف: إذا أوقف أحد دارًا على عشرة من المساكين، فإنهم ينتفعون بتلك الدار انتفاعًا مشتركًا فيما بينهم، وهذا التشريك في المنفعة والملكية للمنفعة جاء قسرًا بدون اختيار الشركاء، وعلى كل، فهذه الشركة ليست مقصودةً بهذا الضابط، وإنما المقصود هنا: شركة العقود، الآتية.

و(شركة العقود): وهي المقصودة بهذا الضابط: هي التي تُعرف حديثًا بـ(المشاركة) التي تنطبق على الشركات المعروفة في كتب الفقه بأنواعها المختلفة كشركة العنان، وشركة الوجوه، وشركة الأعمال، كما تنطبق على الشركات المعاصرة بأنواعها[١].

أما تعريف شركة العقود: فهي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر، بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح، بتقديم حصة من مال أو عمل؛ لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة[٢].

وشركة العقد هذه قد تكون شركة تجارية، أو شركة مدنية: فـ(الشركة التجارية) هي التي تحترف التجارة كالبيع والشراء، أو عمليات البنوك، أو النقل، أو الصناعة، و(الشركة المدنية) هي التي تحترف الأعمال المدنية كشراء العقار وتقسيمه، أو استغلال المناجم، ونحو ذلك.

---

(١) انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم ١٢ عن: الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة.

(٢) المادة الأولى من نظام الشركات السعودي وهي متطابقة مع تعريف الشركات في القانون المصري كما في المادة (٥٠٥) من القانون المدني المصري.

أقسام شركات العقد :

تنقسم شركة العقد إلى قسمين:

القسم الأول : الشركات المعروفة في كتب الفقه.

القسم الثاني : الشركات المعاصرة.

أما الشركات المعروفة في كتب الفقه، فأبرز أنواعها:

١ - **(شركة العنان)** : هي أن يشترك اثنان أو أكثر بمال معلوم من كل شريك، بحيث يحق لكل منهما التصرف في مال الشركة، والربح بينهما بحسب الاتفاق، والخسارة بقدر الحصص في رأس المال[١]، وهي جائزة بالإجماع - ذكره ابن المنذر- مع اختلاف في شروطها[٢].

٢ - **(شركة الوجوه)** : **(الذمم)** : هي اتفاق طرفين أو أكثر على الاشتراك في شراء موجودات بالأجل، والالتزام بضمان أداء ثمنها بحسب النِّسب التي يتم تحديدها بين الشركاء، مع تحديد نِسب الأرباح بصورة متفقة مع النِّسب المحددة لضمان الأداء، أو مختلفة عنها[٣].

وليس في هذه الشركة رأس مال نقدي؛ لأن محل المشاركة فيها ليس مالا ولا عملا، بل هو الالتزام في الذمة، وبمعنى آخر: محل المشاركة فيها هو الضمان المبني غالبًا على الوجاهة (السمعة المتميزة)، وهو ضمان الشركاء أداء الديون الناشئة عن الشراء بالأجل، بصفتها ذممًا على الشركاء، ويجب الاتفاق

---

(١) انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم ١٢، البند ١/٣.

(٢) انظر: منار السبيل لابن ضويان ٣٧١/١، التنبيه للشيرازي ص ١٠٧، بداية المبتدي للمرغيناني ص ١٢٦، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٨٧، المحلى لابن حزم ٤١٤/٦، البحر الزخار لابن المرتضى ٩٢/٥، شرح النيل لأطفيش ٣٨٨/١٠، الروضة البهية للعاملي ١٩٨/٤.

(٣) انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم ١٢.

على النسبة التي يتحملها كل شريك من ضمان أداء الديون[١].

وشركة الوجوه، هذه: أجازها - من حيث الأصل- الحنفية والحنابلة والزيدية[٢]، ولم يُجِزْها المالكية والشافعية والإمامية[٣].

٣ - (شركة الأعمال): (المسماة بالصنائع أو الأبدان أو التقبل): هي اتفاق طرفين أو أكثر على تقبل الأعمال البدنية أو الفكرية، والقيام بالصنع أو تقديم الخدمة أو الخبرة، مع تحديد نِسب الأرباح بينهم بحسب الاتفاق[٤].

وليس لشركة الأعمال رأس مال نقدي؛ لأن محل المشاركة فيها هو العمل أو تقبّله.

وهذه الشركة: أجازها في الجملة: الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والزيدية[٥]، وذهب الشافعية والظاهرية، والإمامية، إلى عدم إجازتها[٦]، وأجازها الأكثر من الإباضية، واختار بعضهم القول بفسادها[٧].

ملحوظة: لم تُذكر هنا، ضمن الشركات المؤصلة فقهيًا: شركة المفاوضة؛ لأن تطبيقها نادر؛ لصعوبة شرائطها، وكذلك لم تُذكر المضاربة؛ لأن لها معيارًا خاصًا بها[٨].

---

(١) انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم ١٢.

(٢) انظر: بداية المبتدي ص ١٢٦، ومنار السبيل ١/٣٧١، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٩٤.

(٣) انظر: القوانين الفقهية ص ١٨٧، التنبيه ص ١٠٧، الروضة البهية ٤/١٩٩.

(٤) انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم ١٢.

(٥) انظر: بداية المبتدي ص ١٢٦، القوانين الفقهية ص ١٨٧، ومنار السبيل ١/٣٧١، البحر الزخار ٥/٩٤.

(٦) انظر: التنبيه ص ١٠٧، المحلى لابن حزم ٦/٤١٢، الروضة البهية ٤/١٩٩.

(٧) انظر: شرح النيل ١٠/٤١٨.

(٨) انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم ١٢.

وأما الشركات المعاصرة، فتتنوع قانونًا إلى ستة أنواع بارزة، وهي:

١ – شركة المساهمة.

٢ – شركة التوصية بالأسهم.

٣ – الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

٤ - شركة التضامن.

٥ – شركة التوصية البسيطة.

٦ – شركة المحاصة.

وقد اصطُلح بشأنها على أنها تنضوي تحت مجموعتين رئيستين تبعًا لدرجة الرابطة التي تقوم فيها بين الشركاء.

فالمجموعة الأولى : تسمى بـ (شركات الأموال): ويندرج تحتها الشركات الثلاثة الأولى، وهي: شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وسُميت هذه الثلاثة بشركات الأموال؛ لأنها تقوم على الاعتبار المالي، فليس لشخصية الشركاء اعتبار في هذه الشركات سواء فيما بين الشركاء أو بالنسبة إلى الغير، فالاعتبار في شركات الأموال يكون لرأس مال الشركة ومركزها المالي، دون النظر إلى أشخاصهم، وهذا يبدو بوضوح في تقسيم رأس مال الشركة إلى حصص متساوية القيمة قابلة للتداول، وفي طرح هذه الحصص ودعوة الجمهور للاكتتاب فيها دون التمييز بين المشترين الذين سيصبحون مُلاَّكًا للحصص، ومن ثَمّ سيصبحون شركاء[1].

والمجموعة الثانية : تسمى: بـ (شركات الأشخاص): ويندرج تحتها الشركات الثلاثة الباقية، وهي: شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة

---

(١) انظر: الشركات للجندي والخليفي ص ١٣٧.

المحاصة، وإنما سُميت هذه الثلاثة بشركة الأشخاص؛ لأنها تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء، فكل شريك يعتمد على وجود غيره من الشركاء، لكن الاعتبار الشخصي في هذه الشركات لا يُغني عن الاعتبار المالي، وإنما يظل هو الاعتبار الجوهري مع بقاء الاعتبار المالي(١).

وفيما يلي تعريف بكل واحدة من الشركات الستة:

أولاً: شركات الأموال:

١ - **(شركة المساهمة)**: هي الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول، ولا يُسأل الشركاء فيها إلا بقدر حصصهم التي يملكونها في رأس المال(٢).

حكمها: لها أحكام شركة العنان إلا في بعض القيود(٣).

٢ - **(شركة التوصية بالأسهم)**: وهي تتكون من فريقين من الشركاء:

- فريق يضم شركاء متضامنين مسؤولين عن ديون الشركة في جميع أموالهم، حتى أموالهم الخاصة (كما سيأتي الحكم في شركة التضامن).

- فريق آخر يضم شركاء مُوصين، تنحصر مسؤولية كل منهم عن ديون الشركة في حدود حصته التي يملكها من رأس المال، ولا تتعدى إلى أملاكه الخاصة(٤).

---

(١) انظر: الشركات أحكامها، أنواعها، إدارتها لمحمد عبد المنعم الجندي، خالد سليمان الخليفي ص ٧٦ دار كنوز إشبيليا، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ.

(٢) انظر: هيئة المحاسبة، المعيار ١٢، البند ١/١/١/٤، والشركات للجندي والخليفي ص ١٤٠.

(٣) انظر: هيئة المحاسبة، المعيار ١٢، البند ١/١/١/٤.

(٤) انظر: هيئة المحاسبة: المعيار ١٢، البند ١/١/٣/٤ والشركات للجندي والخليفي ص ١٠٩.

ومما يتعلق بالشركاء الموصين في هذه الشركة: أن حصصهم قابلة للتداول، فيجوز التنازل عنها للغير، وكذلك تنتقل ملكيتها بالوفاة؛ لأنه لا اعتبار لشخصية الشريك الموصي هنا، وإنما تقوم هذه الشركة على الاعتبار المالي فقط[١].

حكمها : الشركاء المتضامنون في هذه الشركة: مسؤولون عن التزامات الشركة في أموالهم الشخصية وعلى وجه التضامن؛ فهم في حكم المضارب بعمله، المشارك بماله.

أما حكم الشركاء الموصين: فتنحصر مسؤولية كل منهم في حدود الأسهم التي يملكها، ولا تتعدى إلى أملاكه الخاصة، وهم في حكم أرباب المال في شركة المضاربة[٢].

٣ - **(الشركة ذات المسؤولية المحدودة)**: هذه الشركة تجمع بين مزايا شركات الأشخاص وشركات الأموال؛ فهي تتكون من شريكين أو أكثر (ولكن لا يتجاوزون عن خمسين) مسؤولين عن ديون الشركة بقدر حصصهم في رأس المال.

وعلى هذا؛ فهي تشبه شركات الأشخاص؛ لأن فيها شيئًا من الاعتبار لشخصية الشركاء، من حيث حصرهم في عدد معين (وهو خمسون شريكا فقط)، فلا يجوز أن يزيد عدد الشركاء فيها عن هذا العدد.

وهي تشبه شركات الأموال؛ لأن فيها اعتبارًا للمعيار المالي، من جهة أن مسؤولية الشركاء فيها محدودة بقدر حصصهم في رأس المال[٣].

---

(١) انظر: الشركات للجندي والخليفي ص ١٩٧.

(٢) انظر: هيئة المحاسبة المعيار ١٢، البند ١/٢/٤.

(٣) انظر: الشركات للجندي والخليفي ص ٢٠٩.

ثانيًا : شركات الأشخاص :

١ - **(شركة التضامن)**: هي الشركة التي يكون فيها كل شريك مسؤولا مسؤولية تضامنية وغير محدودة عن ديون الشركة، ليس في حدود حصته فحسب، بل في أمواله الخاصة كذلك(١).

وبما أن الشركاء في هذه الشركة مسؤولون عن جميع التزامات الشركة حتى في أموالهم الخاصة، وأنهم جميعًا متساوون في الحقوق والواجبات، كل بحسب نصيبه في رأس المال، فإن هذا النوع من الشركات ينطبق عليه معنى شركة العنان، وهي جائزة بالإجماع، فتكون شركة التضامن جائزة لا شبهة فيها.

٢ - **(شركة التوصية البسيطة)**: هي مثل شركة (التوصية بالأسهم) - التي تقدمت - في تكوينها تمامًا، سوى أن حصص الشركاء الموصين هنا غير قابلة للتداول، فلا يجوز لهم التنازل عن حصصهم، كما أن كيان الشركة ينتهي هنا بوفاة الموصي؛ لأن الاعتبار والمركزية فيها لشخصية الشركاء، بخلاف شركة التوصية بالأسهم، المتقدمة، فكانت حصص الشركاء الموصين فيها قابلة للتداول، ويجوز التنازل عنها للغير، وتنتقل ملكيتها بالوفاة؛ لأنه لا اعتبار فيها لشخصية الشريك الموصي، وإنما كانت تلك الشركة تقوم على الاعتبار المالي(٢).

وحكمها شرعًا : أنها تدخل في شركة العنان الجائزة بالإجماع.

٣ - **(شركة المحاصة)**: هي شركة مؤقتة، تتكون لفترة قصيرة بين بعض الأفراد؛ لإنجاز عملية معيّنة، وبانتهائها تنتهي هذه الشركة، ويقتسم حينئذ الشركاء الأرباح والخسائر حسب العقد المحرر بينهم، وتظهر هذه الشركة في

---

(١) انظر: الشركات للجندي والخليفي ص ٧٩.

(٢) انظر: الشركات للجندي والخليفي ص ١٩٧.

صور مثل: شراء محصولات موسمية معيّنة وبيعها، أو سلعة معيّنة وبيعها، أو اتفاق مقاول مع مهندس معماري على إنشاء عقارات وبيعها، أو تكوين شراكة بين عدة بنوك لتمويل عمليات كبرى[1].

وهذه الشركة لا تكون مُعلَنة، أي لا يكون لها وجود قانوني أمام الغير، وإنما يقتصر وجودها على شركائها فقط الذين يبتغون من ورائها اقتسام الأرباح والخسائر فيما بينهم، وقد يعلم شخص خارج الشركة بوجود شراكة بين أطرافها، ولكن لا يصدر عن الشركاء أي فعل قانوني من شأنه إظهار الشركة كشخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء[2]، وبالجملة: فيقتصر أثر شركة المحاصة على أطرافها دون الغير، شأنها في ذلك شأن العقود المُلزِمة لطرفيها فقط[3].

أما حكمها: فإذا كان رأس مال الشركة من جميع الشركاء سواء تساوت أنصبتهم أم اختلفت، فإنه ينطبق عليها شركة العنان الجائزة بالإجماع، أما إذا كان رأس مالها جميعه من بعض الشركاء؛ فإن ذلك يكون من باب المضاربة، وهي جائزة أيضًا بالإجماع.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الضابط، وإن كان يعتبر مختلفًا فيه من حيث الأصل، باعتبار الاختلاف الموجود لدى أهل العلم من أصحاب المذاهب الفقهية حول جواز بعض الشركات وعدم جواز بعضها، إلا أن الضابط بصيغته المقيّدة بجواز الشركات بشرط خلوها عن المحظورات، يصير ضابطًا متفقًا عليه بين الجميع؛ لأن كل من لا يجيز بعض أنواع الشركات، إنما لا يجيزها؛ لكونها

(١) انظر: الشركات للجندي والخليفي ص ١٢٣.
(٢) انظر: الشركات للجندي والخليفي ص ١٢٤.
(٣) الشركات للجندي والخليفي ص ١٢٥.

مشتملة على محظور، مثل عدم جواز شركة الوجوه وشركة الأعمال عند بعض أهل العلم؛ لاشتمالها على الغرر، و«الغرر في العقود مانع من الصحة»[(١)].

أدلة الضابط :

ثبتت مشروعية الشركة بالكتاب والسنة والإجماع العملي[(٢)]:

١- **أما الكتاب** : فقوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [ص: ٢٤]، والخلطاء هم الشركاء.

ومن الكتاب أيضًا: قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف: ﴿فَٱبْعَثُوٓا۟ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ الآية [الكهف: ١٩]، نقل القرطبي عن ابن خُوَيز مَنْداد قال: «تضمنت هذه الآية جواز الشركة؛ لأن الورِق كان لجميعهم»[(٣)].

٢- **وأما السنة** : فحديث السائب بن أبي السائب المخزومي أن النبي ﷺ شاركه قبل الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام: «مرحبًا بأخي وشريكي» الحديث[(٤)].

٣- **وأما الإجماع** : فالتعامل بالشركة في سائر العصور من لدن أول عصر الرسالة، يعد إجماعًا عمليًّا على جوازها ومشروعيتها في الجملة[(٥)].

---

(١) قاعدة بقسم القواعد الفقهية.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ١٥٢/٦، تكملة المجموع للمطيعي ٦١/١٤، المغني لابن قدامة ٣/٥، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعيار الشرعي رقم ١٢.

(٣) تفسير القرطبي ٣٧٧/١٠.

(٤) رواه أحمد في مسنده ٢٦٣/٢٤ (١٥٥٠٥)، الحاكم في المستدرك ٦٩/٢ (٢٣٥٧)، وصححه ووافقه الذهبي.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ١٠٩/٥، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ٤٠/٧.

تطبيقات الضابط :

١- لا يشترط في شركة العنان - عند الحنفية والحنابلة - اتحاد جنس رأس المال المقدم من الشريكين، بل يجوز انعقادها ولو لم يتفق جنس مالهما، كما لو كان المال المقدم من أحدهما ذهبًا ومن الآخر فضة[١].

وفي واقعنا المعاصر: اعتُبرت العُملات المختلفة: أجناسًا مختلفة بعضها عن بعض، كالدولارات والريالات والجنيهات والروبيات والفرنكات وهكذا، فتجوز الشركة إذا عُقدت على رؤوس أموال من جنسين مختلفين فأكثر من هذه النقود.

وكذا لا يشترط التساوي في مقدار رأس المال - عند الحنفية، والحنابلة، والشافعية - فتنعقد الشركة ولو مع تفاوته، بأن كان المقدّم من أحد الشركاء مائة ألف مثلا، ومن الآخر مائتي ألف[٢].

٢- تصح شركة العنان - عند الحنفية، والشافعية، والمالكية، وفي قول للإمام أحمد- بالعروض[٣]، وتُجعل قيمتها وقت العقد: رأس المال[٤].

٣- يجب أن يكون الغرض من الشركة مشروعًا، فلا يجوز تأسيس شركة

---

(١) انظر: الروض المربع للبهوتي ٢/٢٦١، منار السبيل ١/٣٧١، بداية المبتدي ص ١٢٧.

(٢) انظر: منار السبيل ١/٣٧١-٣٧٢، التنبيه للشيرازي ص ١٠٧، الإقناع للشربيني ٢/٣١٧، بداية المبتدي ص ١٢٧.

(٣) انظر: منار السبيل ١/٣٧٢، التنبيه ص١٠٧، بداية المبتدي ص ١٢٧، القوانين الفقهية ص ١٨٧.

(٤) انظر: منار السبيل ١/٣٧٢، القوانين الفقهية ص ١٨٧، في التنبيه ص١٠٧ «إن كان مالهما عرضًا وأرادا الشركة، باع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض صاحبه، فيصير مشتركًا بينهما، ثم يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف، فما حصل من الربح يكون بينهما على قدر المالين، وما حصل من الخسران يكون عليهما على قدر المالين».

لغرض غير مشروع، كالتجارة فيما يسمى بالرقيق الأبيض، أو كزراعة المخدرات[1].

٤- يجوز تشريك غير المسلمين، أو البنوك التقليدية في عمليات مقبولة شرعًا، إلا إذا تبين أن المال المقدم - نقدًا كان أو سلعة - محرم، مع اتخاذ الضمانات اللازمة للالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في تطبيق العمليات، وبأن تتم إدارتها من المؤسسة أو من جهة أخرى ملتزمة بالشريعة[2].

كما يجوز اشتراك بنوك تقليدية مع المؤسسات في التمويل المصرفي المجمع الملتزم في عملياته بالأحكام الشرعية، شريطة قيام المؤسسة بإدارة العمليات، وخضوعها للرقابة الشرعية[3].

٥- لا يجوز أن تشتمل شروط الشركة أو أسس توزيع أرباحها على أي نص أو شرط يؤدي إلى احتمال قطع الاشتراك في الربح، فإن وقع كان العقد باطلا.

ويجوز الاتفاق على أي طريقة لتوزيع الربح، ثابتة أو متغيرة لفترات زمنية (مثلا: بنسبة كذا للفترة الأولى، وبنسبة كذا للفترة الثانية، تبعًا لاختلاف الفترات أو بحسب كمية الأرباح المحققة)، شريطة أن لا تؤدي إلى احتمال قطع اشتراك أحد الأطراف في الربح[4].

---

(١) انظر: الشركات للجندي والخليفي ص ٢١.

(٢) هيئة المحاسبة، المعيار ١٢، البند ٢/١/١/٣ وانظر: الإنصاف للمرداوي ٤٠٧/٥، والمحلى ٤١٦/٦.

(٣) هيئة المحاسبة، المعيار ١٢، البند ٣/١/١/٣.

(٤) انظر: للتطبيق ٥، ٦: هيئة المحاسبة، المعيار ١٢، البند ٥/٥/١/٣.

٦- تصح الشركة في إجارة الأعيان، مثل السيارات ونحوها، على أن يكون الكراء بين الشريكين[١].

٧- لا يجوز لولي القاصر أن يعقد شركة تضامنية لمصلحة القاصر؛ لأن القاصر في هذه الحالة يكتسب صفة التاجر، ويكون مسؤولا عن كامل ديون الشركة في أمواله الخاصة، وليس في حدود حصته فقط؛ لذا لا يجوز لولي القاصر أو الوصي عليه إبرام عقد شركة تضامن، أو أي من شركات الأشخاص، لمصلحة القاصر؛ حماية للقاصر ومصالحه[٢].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: التاج المذهب ١٧٩/٣ وكلمة (السيارات) جاءت منصوصة فيه.

(٢) انظر: الشركات للجندي والخليفي ص ٢٣.

ملحوظة: من المراجع التي تمت الاستفادة منها في أكثر من موضع في صياغة هذا الضابط: «الشركات المعاصرة والتكييف الفقهي لها» بقلم المستشار شريف (مقال على الانترنت).



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٦٤

نص الضابط: الأَصْلُ فِي الشَّرِكَةِ التَّسْوِيَةُ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الأصل في الشركة المُجْمَلة: التساوي[٢].

٢- الشركة إذا أُطلقت، حُملت على التساوي[٣].

٣- التشريك يقتضي التسوية[٤] .

٤- مطلق عقد الشركة: يقتضي التسوية[٥].

٥- موجب عقد الشركة المطلقة التساوى فى العمل والأجر[٦].

---

(١) الذخيرة للقرافي ٢٦٢/٦ وفي الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ٢٣٥/١١ «المشاركة تقتضي التسوية».

(٢) تفسير ابن عاشور ١٢/١٠.

(٣) البهجة للتسولي ٣٩٨/٢، النوازل الصغرى للوزاني ٢١٤/٤.

(٤) القواعد والفوائد الأصولية للبعلي ١٨١/١، وفي الحاوي للماوردي ١٠٥/٨ «الاشتراك في الشيء يوجب التساوي» وفي المبسوط للسرخسي ١٧٠/١١ «مقتضى لفظ الإشراك: التسوية» وفي شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٠٣/٦ «المتبادر من الاشتراك: التساوي».

(٥) المبسوط ١٧٠/١١، وفي كشاف القناع ٢٢٩/٣ ومجلة الأحكام الشرعية للقاري ص ١٩٧ «مطلق الشركة يقتضي التسوية».

(٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية٩٧/٣٠ وبنحوه في مجلة الأحكام الشرعية للقاري ص ٥٥٢=

٦- إطلاق الشركة: يَنْزِل على المناصفة[١].

صيغ ذات علاقة:

١- ما ثبت لجماعة فهو على سبيل الاشتراك[٢]. (مكمل).

٢- لا يُقدَّم أحدٌ في التزاحم على الحقوق إلا ب-مُرجِّح[٣]. (بيان).

٣- المعاوضات مبناها على المساواة[٤]. (أعم).

٤- المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين[٥]. (أعم).

شرح الضابط:

هذا ضابط يعبِّر عن مبدأ مهم في موضوع الشركات عمومًا، سواء ما كان منها: شركة ملك أو شركة عقد، وإطلاق لفظ «الشركة» في نص الضابط، وإن كان يتبادر بظاهره أنه ينصرف إلى شركات العقد، إلا أن تطبيقات الفقهاء لهذا الضابط أبرزت كونه عامًّا ينطبق على كل ما يدخل تحت مسمى (الشركة) ومضمونها، سواء أكان ذلك مما يدخل تحت شركات الأعيان (وهي شركة الأملاك)، أم شركات العقود.

= وفي أصول السرخسي ٢٧٤/١ «مطلق الاشتراك يقتضي التسوية» وفي كشاف القناع للبهوتي ٢٧٨/٤ «إطلاق التشريك يقتضي التسوية» وانظر: فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم آل الشيخ ٧٩/٩ رقم ٢٣٠٩ وفي فتاوى الإسلام سؤال وجواب، سؤال رقم ١٣٧٢٠ «إطلاق التشريك يقتضي الاستواء في الاستحقاق».

(١) المنثور للزركشي ٢٥٣/٢ (الشركة).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٦.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٤٠.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢٤٩/٥، وفي مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٦٦/٣٠، انظر: قاعدة: «المعاوضة مبناها على المعادلة والمساواة » في قسم القواعد الفقهية.

(٥) بدائع الصنائع ٢٠١/٤.

وكلمة (المُجْمَلة) في نص الضابط: هي بمعنى (الإطلاق) الوارد في عدد من الصيغ الأخرى للضابط، مثل قولهم: «الشركة إذا أُطلقت، حُملت على التساوي»[١]، ومثل: «مطلق الاشتراك يقتضي التسوية»[٢].

فمعنى الضابط على هذا: أن الشيء المشترك الذي لا يوجد بشأنه نص ولا بيان، يُرجع إليه في كيفية تقسيمه بين شركائه، يُتّبع فيه من حيث المبدأ والأساس: تقسيمه بالتساوي بين الشركاء؛ لأن موجب الشركة: التساوي، ؛ إذ لا مرجِّح لأحدهم يستحق به الفضل على الآخر[٣]، ولأن ذلك هو «الأصل في العطايا كلها، فكل من أعطى شيئًا لمتعدد من الناس ولم يبين؛ فالقسمة فيه بالسوية بينهم، لا فرق بين ذكر وأنثى، ولا بين صغير وكبير»[٤].

وتنبع أهمية الضابط من جهة أن الشركات عمومًا: هي محل نزاع وخصومة وعدم إنصاف فيها[٥]، وهو ما قرره القرآن الكريم في (مبدأ قاعديٍّ) في قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾[٦] [ص: ٢٤]، فمفاد هذه الآية: «أن كثيرًا من الشركاء ليعتدي بعضهم على بعض، ويظلمه بأخذ حقه وعدم إنصافه مِن نفسه»[٧].

---

(١) البهجة للتسولي ٢/٣٩٨، النوازل الصغرى للوزاني ٤/٢١٤.

(٢) أصول السرخسي ١/٢٧٤ وفي كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٧٨ «إطلاق التشريك يقتضي التسوية» وفتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم آل الشيخ ٩/٧٩ رقم ٢٣٠٩ وفي فتاوى الإسلام سؤال وجواب، سؤال رقم ١٣٧٢٠ «إطلاق التشريك يقتضي الاستواء في الاستحقاق».

(٣) العرف لعادل قوته ٢/٩٩٠-٩٩١.

(٤) النوازل الصغرى ٤/٢١٤.

(٥) انظر: تفسير الرازي ٢٦/١٧٢.

(٦) هذه الجملة القرآنية سماها ابن عطية في (المحرر الوجيز) ٤/٥٠٠: (قاعدة) فقال: «والخلطاء: الأشراك والمتعاقبون في الأملاك والأمور، وهذا القول من داود: وعظ وبسط لقاعدة حق؛ ليُحذِّر من الوقوع في خلاف الحق».

(٧) التفسير الميسر، تأليف عدد من أساتذة التفسير، تحت إشراف الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة وانظر: تفسير الطبري ٢١/١٨٠.

فإذا كان هذا حال الشركة عمومًا، وهي أنها مثار نزاعٍ وخصومة وعدم إنصاف من الشركاء بعضِهم لبعض، فلا شك أنه سيشتد النزاع وسيكثر البغي فيها بين الشركاء عند ما لا تكون هناك بنود منصوصة واضحة في كيفية تقسيم الحقوق بينهم؛ لأن الشريكين «إذا اختلطا، اطَّلع كل واحد منهما على أحوال الآخر، فكل ما يملكه من الأشياء النفيسة إذا اطَّلَع عليه: عظُمت رغبته فيه؛ فيُفضي ذلك إلى زيادة المخاصمة والمنازعة»[(١)].

ومن أجل رفع هذا النزاع، وعدم ترك أي ثغرة تؤدِّي إليه من الأصل، وتحقيق العدل بين الشركاء: جاءت صيغة هذا الضابط، تقرر معيارًا مُنصِفًا مُرضيًا، وهو أن يكون التقسيم بالتساوي بين الشركاء فيما إذا لم يُبيَّن كيفية التقسيم فيها، ولا شك أنه مبدأ يحقق النظر المقاصدي للشريعة الإسلامية في هذا الموضوع.

ومما تجدر الإشارة إليه: أن الضابط، وإن كان يظهر من تطبيقاته أنه يتناول موضوع الشركة في مسائل من أبواب فقهية أخرى غير (باب الشركة)، إلا أنه مع ذلك يبقى ضابطًا خاصًّا بباب الشركة؛ لأن محور تلك التطبيقات لا تخرج عن موضوع الشركة بنوعيها (شركة العقد وشركة الملك)، ويتأيد هذا بصنيع الزركشي في (المنثور)؛ حيث أتى بهذا الضابط تحت خصوص عنوان «الشركة».

أدلة الضابط:

قوله تعالى في ميراث الإخوة لأم: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾، قال أهل العلم: «يستوي فيه ذَكَرهم وأنثاهم»[(٢)]، قال

---

(١) تفسير الرازي ٢٦/١٧٢.

(٢) تفسير الجلالين ص ١٠١ سورة النساء، الآية ١٢.

القرطبي: «هذا التشريك يقتضي التسوية بين الذكر والأنثى، وإنْ كثُروا»، قال: «وهذا إجماع من العلماء»[١].

تطبيقات الضابط :

بالنظر إلى أن موضوع الضابط يشمل الشركة بنوعيها: شركة عقد، وشركة مِلك، فتُقسم تطبيقاته على هذين النوعين:

أولاً – تطبيقات التساوي في صور مُطلق شركة العقد :

١- إذا أُبرم عقد الشركة باختلاف أنواعها مطلقًا عن بيان ما يجب على كل واحد من العمل، أو عن بيان ما يثبت لكل واحد من الربح (كما في المضاربة)، أو الأجر (كما في شركة الأبدان)، كان ذلك الإطلاق محمولا على التساوي بين الشركاء[٢].

٢- لو عَمِل واحد أكثر في الشركة، ولم يتبرع بالزيادة، كان له حق المطالبة بالزيادة؛ ليحصل التساوي؛ لأن موجب عقد الشركة المطلقة التساوي في العمل والأجر[٣].

٣- يجوز أن يدفع شخص واحد مالا إلى اثنين مضاربة، فإنْ شَرَط ربُّ المال لهما جزءاً معلومًا من الربح مع بيان كيفية قسمته بينهما، صحَّ، قليلا كان أو كثيرًا، وإن قال ربُّ المال: لكما كذا وكذا من الربح، ولم يبين كيفية قسمته بينهما من تساوٍ أو تفاضل، فهو بينهما نصفين؛ لأن مطلق الإضافة في ربح الشركة يقتضي التسوية[٤].

---

(١) تفسير القرطبي ٧٩/٥، وانظر: المبسوط ١٧٠/١١، البهجة للتسولي ٣٩٨/٢، الإقناع للشربيني ٣٨٩/٢، منار السبيل لابن ضويان ٥٦/٢، المحلى لابن حزم ٢٨٤/٨، شرح النيل لأطفيش ٤٠٧/١٥-٤٠٨، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٤٥/٦.

(٢) العرف لعادل قوته ٩٩١/٢.

(٣) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٩٧/٣٠، الفروع لابن مفلح ٣٠٢/٤، المبدع لابن مفلح ٤١/٥، مجلة الأحكام الشرعية للقاري ص ٥٥٢.

(٤) انظر: كشاف القناع ٥١٠/٣.

ثانيًا - تطبيقات التساوي في صور مُطلق شركة المِلك:

٤- لو اشترى أحد شيئًا وقبضه، فطلب إليه رجل آخَر الشركة فيه، فأشركه فيه، فله نصفه؛ لأن مطلق عقد الشركة يقتضي التسوية[١] وإن كانت السلعة لاثنين، فقال لهما آخَر: أشركاني فيها، فأشركاه معًا، فله الثلث؛ لما سبق من أن مطلق الشركة يقتضي التسوية[٢]، وإنما تتحقق التسوية إذا كانت تلك السلعة بينهم أثلاثًا[٣].

٥- من باع شِقْصًا وله شركاء، لأحدهم مائة سهم، ولآخر عشرون، ولآخر عُشر العُشر، أو أقلُّ أو أكثر: فكلهم سواء في الأخذ بالشفعة، ويقتسمون ما أخذوا بالسواء، ولا معنى لتفاضل حصصهم؛ لأن قول رسول الله ﷺ في الشفعة: «فشريكه أحق به»[٤] تسوية بين جميع الشركاء، ولو كان هنالك مفاضلة لبيَّنها رسول الله ﷺ، ولم يُجْمِل الأمر؛ فبطلت المفاضلة[٥].

٦- لو أهدى أحدٌ هدية لمتعدد من الناس، ولم يبين مقدار ما يأخذه كل واحد منهم، فالقسمة فيه بالسوية بينهم، لا فرق بين ذكر وأنثى، ولا بين صغير وكبير[٦].

٧- وكذا لو تُصدِّق بشيء لعدد من الناس، يكون بالسوية بينهم؛ لأن الشركة إذا أُطلقت تُحمل على التساوي[٧].

---

(١) انظر: المبسوط ١١/١٦٩-١٧٠، كشاف القناع ٣/٢٢٩، مجلة الأحكام الشرعية للقاري ص ١٩٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٣٨٠.
(٢) انظر: كشاف القناع ٣/٢٣٠، المنثور ٢/٢٥٤.
(٣) انظر: المبسوط ١١/١٦٩-١٧٠.
(٤) رواه مسلم ٣/١٢٢٩(١٦٠٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.
(٥) انظر: المحلى لابن حزم ٨/٢٨.
(٦) انظر: النوازل الصغرى ٤/٢١٤، الشرح الممتع ١١/٢٣٥.
(٧) انظر: النوازل الصغرى ٤/٢١٤.

٨- وكذا إنْ وقف شخص وقفًا على أولاده مثلا، فيدخل فيه أولاده كلهم: الذكور والإناث، ويكون بينهم بالسويَّة؛ لأنه شَرَّك بينهم، وإطلاق التشريك يقتضي التسوية[١].

٩- يستحب عند الإمامية قسمة الزكاة على الأصناف الثمانية؛ لما فيه من فضيلة التسوية بين المستحقين، وعملا بظاهر الاشتراك[٢].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: كشاف القناع ٤/٢٧٨، فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم آل الشيخ ٩/٧٩ رقم ٢٣٠٩.
(٢) الروضة البهية للعاملي ٢/٥٥.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٦٥

نص الضابط: الرِّبْحُ فِي الشَّرِكَةِ لَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِعَمَلٍ أَوْ مَالٍ أَوْ ضَمَانٍ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الربح إنما يستحق إما برأس المال، أو بالعمل، أو بضمان العمل[٢].

٢- لا يستحق الربح إلا بإحدى ثلاث: بمال أو عمل أو تقبُّل[٣].

٣- الضمان سبب لاستحقاق الربح كالمال والعمل[٤].

٤- كما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمال أو بالعمل، كذلك يكون تارة بالضمان[٥].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٩/٢٢، درر الحكام لعلي حيدر ٣٨٢/٣، الذخيرة البرهانية لابن مازه ١٣٢/٦، شرح المجلة للأتاسي ٢٧١/٤، مرآة المجلة ليوسف آصاف ٤٨/١.

(٢) الذخيرة البرهانية لابن مازه ١٣٢/٦.

(٣) رد المحتار لابن عابدين ٣٢٤/٤، وانظر: شرح المجلة للأتاسي ٢٧١/٤، شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٧١٨.

(٤) شرح المجلة للأتاسي ٢٧٣/٤.

(٥) مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢٠٧/٢.

صيغ ذات علاقة :

١- الربح والخسر يتبعان الضمان[١]. (أخص).

٢- الربح بالضمان[٢]. (أخص).

٣- الأصل أن الربح تابع للمال[٣]. (أخص).

٤- كل من يستحق الربح بمال إذا شرط عمله مع المضارب يفسد العقد[٤]. (أخص).

٥- كل شرط يؤدي إلى قطع الشركة في الربح بين الشريكين مع حصوله فهو مبطل للعقد[٥]. (أخص).

٦- كل مضاربة فسدت فالمال فيها وربحه لربه وللمضارب قدر عنائه[٦]. (أخص).

شرح الضابط :

(الربح) لغة: النماء في التجارة[٧]، ويسند الربح تارة إلى صاحب السلعة، فيقال: ربح التاجر، ومنه قول النبي ﷺ من حديث حكيم بن حزام -رضي الله عنه - أنَّ النبي ﷺ قال: «البيِّعان بالخِيار ما لم يتفرَّقا - قال همام: وجدت في

(١) شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/٣٦٢.

(٢) مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢/٢٣٧، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «ما ليس بمضمون لا يباح ربحه».

(٣) مجمع الأنهر لداماد أفندي ١/٧٢٨، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٢/٣٢٤، وانظر: شرح ميارة ٢/٨٩، الروضة البهية للعاملي ٤/٢٠١، شرح النيل لأطفيش ١٠/٣٩٤.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٥٦.

(٥) انظر: المبسوط ٢٢/١٩.

(٦) انظر: شرح النيل لأطفيش ١٠/٣٩٤.

(٧) انظر: لسان العرب، المصباح المنير، مادة: (ربح).

كتابي: يختار ثلاث مرار - فإن صدقا وبيّنا بُورك لهما في بيعهما، وإنْ كذبا وكتما فعسى أنْ يربحا ربحًا ويُمحقا بركة بيعهما»[١]، فنسب الربح المذكور في الحديث إلى البيِّعَين، وتارة ينسب إلى السلعة نفسها، فيقال: ربح البيع، وربحت التجارة[٢]، ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَا رَبِحَت تِّجَٰرَتُهُمْ وَمَا كَانُواْ مُهْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٦]، والمراد به في اصطلاح العلماء: الزيادة الحاصلة على رأس المال في المبايعات[٣].

و(العمل) في اللغة: المهنة والفعل، والجمع: أعمال[٤].

و(المال) في اللغة: كل ما تملكه الإنسان من الأشياء[٥]، و(المال) في الاصطلاح: ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وصفة المالية تثبت للشيء بتمول كل الناس أو بعضهم إياه، أما التقوم: إنما يثبت بتمول الناس له، وجعل الشارع إياه مباحًا للانتفاع، فما يباح بلا تمول لا يكون مالا، كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقومًا كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما، كالدم[٦].

و(الضمان) في اللغة: يطلق على معانٍ منها: التغريم، تقول: ضمَّنته الشيء تضمينًا، إذا غرَّمته فالتزمه[٧]، وهو المقصود هنا في الضابط.

---

(١) رواه البخاري ٣/٦٤ (٢١١٠)، ومسلم ٣/١١٦٤ (١٥٣٢).

(٢) مفردات ألفاظ القرآن الكريم للراغب الأصفهاني أبو القاسم ١/٣٧٧ نشر: دار القلم بدمشق.

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/١٢، المغني لابن قدامة ٥/٣٣، البحر المحيط لأبي حيان ١/٦٠.

(٤) انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (عمل).

(٥) انظر: المغني في الإنباء عن غريب المهذب والأسماء لابن باطيش ١/٤٤٧.

(٦) انظر: رد المحتار ٤/٥٠١، غمز عيون البصائر للحموي ٤/٥، درر الحكام للملا خسرو ٢/١٦٨، درر الحكام لعلي حيدر ١/١١٥.

(٧) انظر: المصباح المنير للفيومي، القاموس المحيط للفيروز آبادي مادة: (ضمن).

أما الضمان في الاصطلاح فهو: رد مثل الهالك إن كان مثليًّا، أو قيمته إن كان قيميًّا[١].

ومعنى الضابط: أن الإنسان لا يستحق ربحًا بدون سبب مشروع، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل، والأسباب المشروعة للربح ثلاثة:

العمل أو المال أو الضمان[٢].

ويكون استحقاق الربح بالعمل؛ لأنه شبيه بالأجرة؛ لأنه جزاء العمل وناتج عنه.

وأما استحقاق الربح بالمال؛ فلأن الربح يُعَدُّ نماء لرأس المال.

وأما استحقاق الربح بالضمان؛ فلقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[٣]، أي مستحق بسببه[٤].

وقد اعتمدت مجلة الأحكام العدلية هذا الأصل، وأدرجته في زمرة الضوابط الناظمة لمسائل شركة العقد[٥].

ولدى التأمل في هذا الأصل: يتضح أن الفقه الإسلامي لم يقرر لرأس المال حقًّا في الحصول على الربح إلا إذا كان على وجه المشاركة مع رأس مال

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر للحموي شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ٦/٤ نشر: دار الكتب العلمية في بيروت.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢١/٥، البدائع للكاساني ٦٢/٦، تبيين الحقائق ٣١٨/٣، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٧١/٩، المغني ١٢١/٥، جواهر الفقه لابن البراج الطرابلسي ١٣٧/١.

(٣) رواه أحمد ٢٧٢/٤٠ (٢٤٢٢٤)، وأبو داود ١٨٣/٤ (٣٥٠٢)، والترمذي ٥٨٢/٣ (١٢٨٦)، والنسائي ٢٥٤/٧ (٤٤٩٠)، وابن ماجه ٧٥٤/٢ (٢٢٤٣) من حديث عائشة، رضي الله عنها ، وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح غريب

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦٢/٦، المبدع لابن مفلح ٨/٥، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٤٥/٥.

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية م/١٣٤٧.

آخر، أو عمل آخر؛ توقعًا لربح وتحسبًا للخسارة، ويتفق ذلك مع القاعدة الذهبية المعروفة التي ارتضاها الفقه الإسلامي لتحكم حركة الاستثمار وهي قاعدة: «الغنم بالغرم».

وخلاصة الموضوع: أنه إذا لم يوجد أحد هذه الأسباب الثلاثة - التي لا يستحق الربح إلا بواحد منها - لم يكن هناك طريق آخر في إطار التجارة والشركة لكسب المال بالطريق الشرعي الحلال، وفقدان جميع هذه العناصر في عقد أو شركة، حتمًا يؤدي إلى الفساد[1].

تقسيم شركة العقد باعتبار محلها:

تنقسم الشركة بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

١ - شركة أموال.

٢ - شركة أعمال.

٣ - شركة وجوه.

ذلك أنه إذا كان رأس مال الشركة نقودًا، كانت شركة أموال، وإن كان العمل للغير كانت شركة أعمال (شركة صنائع)، وتسمى أيضًا شركة أبدان، وتسمى كذلك شركة التقبل؛ لأن التقبل قد يكون ممن لا يقدر على القيام بأي عمل للغير سوى التقبل نفسه، ومع ذلك تحصل به هذه الشركة؛ لأنه ملزم لشريكه القادر؛ فهما شريكان بالتقبل.

أما إذا كان ما تقوم الشركة عليه: ما للشريكين أو للشركاء من وجاهة عند الناس ومنزلة تصلح للاستغلال، فالشركة شركة وجوه، ولعدم رأس المال فيها، وغلبة وقوعها بين المعدمين تسمى: (شركة المفاليس).

---

(١) انظر: موسوعة القواعد والضوابط لعلي الندوي ١/٢٦٧.

هذا على الإجمال أما التفصيل:

فـ(**شركة الأموال**): عقد بين اثنين فأكثر، على أن يتجروا في رأس مال لهم، ويكون الربح بينهم بنسبة معلومة، سواء علم مقدار رأس المال عند العقد أم لا؛ لأنه يعلم عند الشراء، وسواء شرطوا أن يشركوا جميعًا في كل شراء وبيع، أم شرطوا أن ينفرد كل واحد بصفقاته، أم أطلقوا.

وأما (**شركة الأعمال**) فهي: أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يتقبلوا نوعًا معينًا من العمل، أو أكثر، أو غير معين لكنه عام، وأن تكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة، وذلك كالخياطة، والصباغة، والبناء.

ولا بد أيضًا أن يكون التقبل حقًّا لكل شريك، وإن وقع الاتفاق على أن يباشره منهم واحد بعينه، ويعمل الآخر.

وأما (**شركة الوجوه**): فهي أن يتعاقد اثنان فأكثر، بدون ذكر رأس مال، على أن يشتريا نسيئة ويبيعًا نقدًا، ويقتسما الربح بينهما بنسبة ضمانهما للثمن[١].

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة: أن الربح إذا لم يكن ناتجًا من مال أو عمل أو ضمان؛ فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وهو ليس من التجارة المشروعة في شيء.

---

(١) انظر: فتح القدير ٥/٢٨- ٣٣، رد المحتار ٣/٣٥٨، ٣٦١، بدائع الصنائع ٦/٦٤، الفتاوى الهندية ٣/٢٣١، ٣٣٤، المغني لابن قدامة ٥/١١٣، مطالب أولي النهى للرحيباني ٥/٥٤٥ - ٥٤٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦/٣٦.

٢- قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[1]، فقد أفاد الحديث أن ضمان الخسارة سبب في استحقاق الخراج والربح، فإذا تحقق الضمان حَلَّ الخراج، وشركة الوجوه مبنية على هذا الأساس، فهي قائمة على ضمان الخسارة، وفي المقابل فإن الربح الناتج عن هذا الضمان يحل أخذه.

٣- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن»[2]، وجه الاستدلال: أن الربح الذي لا يقابله ضمان منهي عن أخذه؛ فدل على أن الضمان سبب من أسباب استحقاق الربح.

٤- عن ابن عمر، رضي الله عنهما: أن النبي ﷺعامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع[3]، قال ابن حزم: فهذه شركة في الثمن والزرع والغرس[4].

٥- ما رُوي عن ابن مسعود، رضي الله عنه، أنه قال: «اشتركت أنا وسعد وعمار يوم بدر فيما نصيب، فلم أجئ أنا وعمار بشيء، وجاء سعد بأسيرين»[5]، ومثل هذا لا يخفى على رسول الله ﷺ وقد أقرهم عليه[6].

---

(١) رواه أحمد ٢٧٢/٤٠ (٢٤٢٢٤)، وأبو داود ١٨٣/٤ (٣٥٠٢)، والترمذي ٥٨٢/٣ (١٢٨٦)، والنسائي ٢٥٤/٧ (٤٤٩٠)، وابن ماجه ٧٥٤/٢ (٢٢٤٣) من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب.

(٢) رواه أحمد ٢٠٣/١١(٦٦٢٨) وفي مواضع أخر، وأبو داود ١٨٢/٤ (٣٤٩٨)، والترمذي ٥٣٥/٣-٥٣٦ (١٢٣٤)، والنسائي ٢٩٥/٧ (٤٦٣١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) رواه البخاري ١٠٥/٣ (٢٣٢٩)، ومسلم ١١٨٦/٣ (١٥٥١) /(١) واللفظ له.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم ١٨٤/٦.

(٥) رواه أبوداود ٣٥٧/٣ (٣٣٨٨)، والنسائي ٦٧/٧ (٣٩٤٧)، وابن ماجه ٧٦٨/٢ (٢٢٨٨) وقال المنذري في مختصر السنن ٥٣/٥ نشر دار المعرفة: منقطع؛ فإن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه.

(٦) انظر: تبيين الحقائق ٣٢١/٣، حاشية الدسوقي ٣٦٠/٣- ٣٦١، المغني لابن قدامة ٥/٥ وما بعدها، وكشاف القناع ٥٢٧/٣.

٦- حديث أبي المنهال: أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب كانا شريكين، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة، فبلغ النبي ﷺ فأمرهما أن: «ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان بنسيئة فردّوه»[١]، فقد كان زيد والبراء شريكين في المال، وهو من أسباب استحقاق الربح، وقد أقرهما النبي ﷺ[٢].

تطبيقات الضابط:

١- يستحق الشريكان الربح في شركة المضاربة، فإن رب المال يستحق نصيبه من الربح بماله، والمضارب بعمله[٣].

٢- جمهور الفقهاء - الحنفية والمالكية والحنابلة - على جواز شركة التقبل (شركة الصنائع) في الأعمال التي تصلح فيها الوكالة، وما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به، ويلزمهما عمله، ولو مرض أحدهما أو سافر أو امتنع عمدًا بلا عذر؛ فالآخر مطالب بالعمل، والكسب بينهما على ما شرطاه؛ لأن العمل مضمون عليهما.

ولا يشترط التساوي في الربح أو العمل، ولا اتحاد الصنعة عند الحنفية والحنابلة، فيصح بالمناصفة أو الثلث والثلثين، أو غير ذلك، كما يصح أن يعمل أحدهما أكثر من الآخر، اتفقت صنعتهما كخياطين، أو اختلفت كخياط وصباغ، وكاشتراك حداد ونجار وخياط[٤]، وقال المالكية: تجوز الشركة بالعمل إن اتحد، كخياطين،

---

(١) رواه أحمد ٣٢/٦٠ (١٩٣٠٦).

(٢) انظر: فتح القدير ٥/٣.

(٣) انظر: المبسوط ١١/١٥٦.

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية مادة ١٣٨٧- ١٣٩٣، حاشية ابن عابدين ٣/٣٤٧ - ٣٤٩، جواهر الإكليل ٢/١٢٠ - ١٢١، كشاف القناع ٣/٥٢٧- ٥٢٨.

أو تلازم بأن توقف عمل أحدهما على عمل الآخر، كنسج وإصلاح غزل بتهيئة للنسج، وبشرط أن يتساويا في العمل بأن يأخذ كل واحد بقدر عمله من الغلة، أو يتقاربا في العمل[1]، وصرح الشافعية ببطلان شركة الأبدان مطلقًا؛ وذلك لعدم المال فيها، ولما فيها من الغرر؛ إذ لا يدري الشريك أن صاحبه يكسب أم لا، ولأن كل واحد منهما متميز ببدنه ومنافعه، فيختص بفوائده[2].

٣- يستحق الربح في شركة العنان بالمال والعمل، وهي أن يشترك اثنان بماليهما ليعملا فيه ببدنيهما، أو يعمل أحدهما ببدنه، وربحه لهما، ويكون عملهما متساويًا ومتفاضلا على ما شرطاه؛ لأن الربح يستحق بالمال تارة وبالعمل أخرى[3].

٤- تصح الشركة في تملك المباحات من الاحتشاش، والاصطياد، والاحتطاب، وسائر المباحات، عند المالكية والحنابلة[4]، وقال الحنفية: لا تصح الشركة في المباحات من الصيد والحطب، وما يكون في الجبال من الثمار، وما أشبه ذلك؛ لعدم صحة الوكالة فيها؛ لأن سبب ثبوت الملك في المباحات الأخذ والاستيلاء، فإن تشاركا فأخذ كل واحد منهما شيئًا من ذلك منفردًا كان المأخوذ ملكًا له خاصة[5]، ووافقهم الشافعية في ذلك[6].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للدردير ٣/٣٦١، جواهر الإكليل ٢/١٢٠.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/٢١٢، حاشية القليوبي ٢/٣٣٢- ٣٣٣.

(٣) انظر: المبدع لابن مفلح ٥/٣-٤.

(٤) انظر: جواهر الإكليل ٢/١٢٠، المغني ٥/٥ وما بعدها.

(٥) انظر: البدائع ٦/٦٣.

(٦) انظر: مغني المحتاج ٢/٢١٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/٣٣٢- ٣٣٣.

٥- يستحق الربح في شركة الوجوه بالضمان، وهي أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما، وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو نحو ذلك، ويبيعان ذلك، فما قسم الله تعالى فهو بينهما[١].

٦- يستحق الربح في شركة المفاوضة بالمال والعمل والضمان، فشرط صحتها أن تكون في جميع التجارات، ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه، وأن يكون ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازمًا للآخر، وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر، ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه، ويتساويان مع ذلك في رؤوس الأموال، ويتساويان في الربح[٢].

٧- من قال لغيره: اتجر في مالك على أن لي بعض ربحه؛ لا يستحق القائل شيئًا؛ لعدم مشاركته بمال ولا عمل ولا ضمان[٣].

٨- إذا شرط الشريكان جزءاً من الربح لغير العامل كأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملا مع العامل صح، وإن لم يشترطا عليه عملا لم تصح المضاربة، ولا يستحق شيئًا؛ لأنه إنما يستحق الربح بمال أو عمل، وليس هذا واحدًا منهما[٤].

٩- من المسائل الحديثة: ما توجبه قوانين الشركات: أن تكون قيمة السهم عند إصدارها قيمة اسمية، وهذا ما يفرضه الشرع الإسلامي؛ إذ إن

(١) انظر: المبسوط ١٥٦/١١، المغني ١٢١/٥.
(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٩/٣.
(٣) انظر: مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢٣٧/٢، درر الحكام لعلي حيدر ٣٨٣/٣.
(٤) انظر: المغني ١٤٦/٥.

الصك الذي يثبت حصة الشريك في رأس المال يجب أن يكون مطابقًا للمبلغ الذي ساهم به الشريك حقيقة في رأس المال، ولأنه يترتب على القيمة الاسمية توزيع الأرباح شرعًا، فلا يجوز أن تعطى أرباح مساوية كباقي الشركاء لشريك ساهم بأقل مما ساهموا به، ولم يقدم للشركة عملا يستحق به هذه الزيادة؛ لأن الأصل في الربح أنه يستحق بالمال أو بالعمل أو بالضمان، وليس في مقابل هذه الزيادة مال أو عمل أو ضمان[1].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: الشركات لعبد العزيز الخياط ٢/٢١٢ - ٢١٣، ٢٢٥، موسوعة القواعد والضوابط للدكتور علي الندوي ١/٢٦٧.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٦٦

نص الضابط: عَقْدُ الشَّرِكَةِ يَتَضَمَّنُ التَّوْكِيلَ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الشركة تتضمن الوكالة[٢].

٢- مبنى الشركة على الوكالة[٣].

٣- كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه[٤].

٤- الشريك وكيل[٥].

٥- الشركة وكالة[٦].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٦٩/٦.

(٢) بدائع الصنائع ٦٨/٦، حاشية الشلبي مع تبيين الحقائق للزيلعي٣٢٢/٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٩١/٣، المغني لابن قدامة ٦/٥.

(٣) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٥٠٦/٣.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٠٥/١٩، فتح القدير لابن الهمام ١٤٤/٨، وبألفاظ أخر: «كل واحد من الشريكين وكيل عن الآخر» مواهب الجليل للحطاب ١٢٨/٥، «كل من الشريكين وكيل عن الآخر» فتح العلي المالك لعليش ١٥٣/٢، «كل واحد من الشريكين وكيل عن الآخر وموكل له» حاشية البجيرمي ٣٨/٣- ٣٩، «كل واحد من الشريكين وكيل صاحبه» إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ١٢/٤.

(٥) قواعد ابن رجب ص ١١٢.

(٦) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٤٩/٢، وانظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢١٠/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٥٠٢/٣، وبلفظ آخر: «الشركة توكيل» رد المحتار لابن عابدين ٣١١/٤.

٦- موجب شركة العقد الوكالة[١].

٧- الشركة تشتمل على الوكالة[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- إنما تصح الشركة من أهل التوكيل والوكالة[٣]. (أخص).

٢- لا تصح الشركة فيما لا تجوز الوكالة فيه[٤]. (أخص).

٣- ما يبطل الوكالة يبطل الشركة[٥]. (أخص).

٤- المضارب وكيل لصاحب المال[٦]. (أخص).

٥- الشريك أمين[٧]. (تكامل).

٦- إلزام العقد على الغير لا يكون إلا بولاية[٨]. (معللة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١١/١٥٢.

(٢) بدائع الصنائع ٦/٦٠.

(٣) مواهب الجليل ٥/١١٨ وبألفاظ أخر: «كل من جاز له أن يوكل ويتوكل جاز له أن يشارك، ومن لا فلا» انظر: شرح كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن المالكي مع حاشية العدوي ٢/٢٠٢، «من صحت وكالته صحت شركته» البحر الزخار لابن المرتضى الزيدي ٥/٩٢.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/٢١٦، وبألفاظ أخر: «ما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة» بدائع الصنائع ٦/٦٣، «جواز الشركة باعتبار الوكالة» المبسوط ١١/٢١٦.

(٥) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٣٢٣، الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٩٠، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٣٦٧، كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٠٦.

(٦) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش١٠/٣٥٤.

(٧) المبسوط ١١/١٧٧، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٤٠٥، شرح الخرشي ٦/٤٦، نهاية المحتاج للرملي ٥/٦، البحر الزخار ٥/٩٢، الروضة البهية للعاملي ٤/٢٠٢- ٢٠٣ البحر الزخار ٥/٩٣، الروضة البهية للعاملي ٤/٢٠٢، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٨) المبسوط للسرخسي ٤/١٦٠، وانظر قاعدة: «إيجاب الحق على الغير بغير رضا الغير لا يجوز» في قسم القواعد الفقهية.

شرح الضابط:

المراد بـ(الشركة) في اصطلاح الفقهاء: هي إذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه لهما، أي له ولشريكه[١]، واشتمال التعريف على لفظ «لهما» قيد تخرج به الوكالة؛ لأنها - أي الشركة - ليس فيها إذن من الموكِّل للوكيل في أن يتصرف في الشيء الموكَّل فيه للموكِّل وحده[٢]؛ وعلى هذا فإن المراد بقول الفقهاء في بعض صيغ الضابط: «الشريك وكيل»، أي: كوكيل، وليس بوكيل حقيقة؛ لأن الشركة لا تساوي الوكالة في كل وجه؛ لأن الموكِّل أقام الوكيل مقامه، ولا ملك له في محل الوكالة، وأمَّا الشريك فقد أقام شريكه مقامه فيما يخصه، وما تصرف فيه أحد الشركاء له فيه حصة فهو غير وكيل فيها، وإنما هو أصيل[٣].

لهذا كانت الصيغة المناسبة للضابط ما تفيد أن الشركة تتضمن التوكيل، والمقصود بذلك أن الشركة فيها معنى التوكيل وتشتمل عليه، فكل واحد من الشركاء بمنزلة الوكيل عن سائر شركائه، فيما تقضيه الشركة من أعمال، بحسب ما هو منصوص عليه في عقد الشركة، وبما جرت عليه عادة التجَّار.

ويتخرج على ذلك ما يلي:

١- يشترط لصحة الشركة - إنشاء وبقاء - ما يشترط لصحة الوكالة، سواء فيما يتعلق بأهلية العاقدين، كالبلوغ والعقل والرشد والاختيار، فلا تصح كلتاهما من صبيٍّ غير مميز، ولا من مميز إلا بإذن وليه، ولا من مجنون، ولا من سفيه، ولا من مكرَهٍ، أو ما يتعلق بمحل العقد، فلا تصح كلتاهما - مثلا - فيما لا يقبل حكم

---

(١) مواهب الجليل ١١٧/٥.
(٢) مواهب الجليل ١١٧/٥.
(٣) انظر: شرح الخرشي ٤٥/٦.

العقد شرعًا، كالخمر والخنزير، وغيرهما من الأشياء المحرمة[١].

٢- أن كل شريك وكيل عن أصحابه في الشركة بالبيع والشراء، والأخذ والعطاء، والكراء والاكتراء، والمطالبة بتوابع معاملات الآخرين من استحقاق، ورد بعيب أو تدليس، ونحو ذلك[٢].

٣- أن الشريك أمين كالوكيل، قوله مقبول بيمينه في دعوى التلف والخُسر ونفقات الشركة المناسبة، ولا يتقرر الضمان في حقه فيما يقبله من أموال الشركة ويحوزه، وفيما يباشره من تصرفات يقتضيها عقد الشركة وعادات التجار، إلا بتعدٍّ أو تفريط، والمراد بـ(التعدِّي): فعل ما لا يجوز فعله في مال الشركة، و(التفريط): هو التقصير في حفظ المال، وما يتم به صلاحه[٣].

٤- لكل واحد من الشركاء الاستقلال بفسخ العقد، كما هو جائز في عقد الوكالة للموكِّل والوكيل، ما لم يضر ذلك بالطرف الآخر أو غيره ممن له تعلق بالعقد؛ لأن التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررًا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد؛

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ص ٣٢٣، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٣٦٧، مواهب الجليل ٥/١١٨، شرح كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي ٢/٢٠٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/٤١٦، مطالب أولي النهى ٣/٥٠٢.

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٤/٣٢٢، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٣٤٨، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١١٩، فتح العلي المالك لعليش ٢/١٥٤، كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٠٠، المحلى لابن حزم ٦/٤١٨، البحر الزخار ٥/٩٢، الروضة البهية ٤/٢٠٢، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠/٣١٣- ٣١٤.

(٣) انظر: المبسوط ١١/١٧٧، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٤٠٥، شرح الخرشي ٦/٤٦، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٥٢، نهاية المحتاج للرملي ٥/٦، حاشية البجيرمي ٣/١٣١، البحر الزخار ٥/٩٢، الروضة البهية للعاملي ٤/٢٠٢- ٢٠٣.

لم يجز ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه؛ فيجوز على ذلك الوجه[(١)].

٥- كما أن الوكالة تقبل التعليق بشرط والتوقيت بزمن، فكذلك الشركة يجري فيها ذلك، وتعتبر أحكامه، فلا يلزم الشركاء ما جاوز حدود الإذن؛ لما هو مقرر شرعًا في التصرفات المنوطة بالإذن: «أن المتصرف بالإذن لا يتصرف في غير ما أذن له فيه»[(٢)]؛ وعلى هذا لو عيَّن الشركاء جنسًا أو نوعًا أو بلدًا أو وقتًا للتصرف في مال الشركة؛ لم يجز لأحد من الشركاء تجاوز ذلك، ومن تجاوز يلزمه ضمان التبعة[(٣)].

ويظهر من تطبيقات الضابط ما يفيد أن العمل بمقتضاه ثابت لدى الفقهاء، ومرعيٌّ في النوازل والجزئيات في باب الشركات، مع اعتبار ما نازع فيه بعض الفقهاء من أنواع الشركات، كشركة الصنائع، وهي ما تسمى بشركة الأبدان أو التقبل، وشركة الوجوه، وهي: أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم، كالصنَّاع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم والكسب بينهم، فقد أجازها الحنفية فيما سوى التصيد والاحتطاب، والمالكية بشرط الاتحاد في الصنعة أو التقارب والتعاون، والحنابلة في منصوص المذهب، والزيدية، وأكثر الإباضية، وأبطلها الشافعية، ورواية للحنابلة، وأهل الظاهر، والإمامية، وبعض الإباضية، ومجال بسط الحديث في ذلك كتب الفروع[(٤)].

---

(١) انظر: تحرير القواعد لابن رجب ص١١٢.

(٢) المغني لابن قدامة ١٣/٥، وانظر: بدائع الصنائع ١٣٦/٦ وفيه: «المتصرف بإذن يتقيد تصرفه بقدر الإذن».

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ١٣/٥.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥٢/١١- ١٥٣، بدائع الصنائع ٥٦/٦، الجوهرة النيرة ٢٨٩/١، التاج والإكليل للمواق ٩٤/٧، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢٥٥/٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤١٦/٢، المغني لابن قدامة ٤/٥، الإنصاف للمرداوي ٤٦٠/٥، الفروع لابن مفلح ٤٠٠/٤،=

أدلة الضابط :

١- الأصل أن يتصرف الإنسان في ماله لا في مال غيره، والتصرف في مال الغير كما هو ثابت شرعًا لا يجوز إلا بولاية، أو وكالة من طريق النطق أو الحكم، ولم توجد الولاية والنطق بالتوكيل في عقد الشركة؛ فتعين الثالث، وهو التوكيل عن طريق الحكم؛ لوجود معنى الوكالة في الشركة، وهو أن كل واحد من الشريكين يتصرف في حصة صاحبه بالإذن والتفويض، فثبت أن الشركة تتضمن التوكيل(١).

٢- أن الشركة إذا لم تتضمن الوكالة، فلا يمكن لأحد الشريكين أن يدخل مالا إلى ملك الشريك الآخر؛ لعدم ولاية أحدهما على الآخر، وبذلك لا يحصل المقصود من الشركة(٢).

تطبيقات الضابط :

١- إذا وكَّل أحد الشريكين وكيلا ببيع شيء من شركتهما دون إذن من صاحبه أو ضرورة، لم يجز؛ لأن كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه بالتصرف، وليس للوكيل أن يوكل غيره دون إذن من الموكل بذلك(٣).

٢- لا يملك الشريك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك من قبل صاحبه؛ لأن الشريك وكيل(٤)، والوكيل يختص تصرفه

= المحلى ٤١٢/٦ وفيه: «لا تجوز الشركة بالأبدان أصلا لا في دلالة ولا في تعليم ولا في خدمة ولا في عمل يد ولا في شيء من الأشياء، فإن وقعت فهي باطلة لا تلزم» التاج المذهب للعنسي ١٨٠/٣، شرائع الإسلام للحلي ١٠٩/٢، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤١٨/١٠.

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ١٩٧/٥، الجوهرة النيرة للعبادي ٢٩٠/١، حاشية الشلبي ٣١٣/٣، منح الجليل لعليش ٢٤٨/٦، حاشية البجيرمي ٤٦/٣.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣٤٨/٣.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٠٥/١٩، فتح القدير لابن الهمام ١٤٤/٨.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦٨/٦.

بمحل الإذن، والاستدانة على مال الشركة غير داخلة في أعمال الشركة.

٣- إذا رهن أحد الشريكين متاعًا من الشركة بدين عليها لم يجز، وكان ضامنًا للرهن؛ لأن الشركة تتضمن الوكالة[١]، والوكيل لا يتجاوز حدود أذن الموكل، وليس ذلك التصرف داخلا بحسب عقد الشركة، أو عادات التجار في أعمال الشركة.

٤- إذا باع أحد الشريكين عقارًا من أموال الشركة لآخر، لم يجز لشريك البائع الأخذ بالشفعة؛ لأن كل واحد من الشريكين وكيل عن الآخر[٢]، ولا شفعة للموكل فيما باعه الوكيل لحق الموكّل.

٥- ليس لأحد الشركاء أن يعير مال الشركة، إلا أن يوسع له في ذلك من جهة شركائه؛ لأن الشريك وكيل يتقيد تصرفه بقدر ما أذن له فيه[٣].

٦- لا يجوز لأحد الشركاء أن يودع شيئًا من مال الشركة، إلا بإذن شركائه، أو لعذر معتبر، وإلا ضمن؛ لأن الشريك وكيل متصرف بالإذن، فيختص تصرفه بمحله[٤].

٧- إذا اشترى أحد الشريكين شيئًا لهما، فبان فيه عيب، فلكل منهما أن يرده به؛ لأن كل واحد من الشريكين وكيل لصاحبه، والوكيل يملك الرد بالعيب، فيثبت للشريك كذلك[٥].

٨- لو سلَّم أحد الشريكين الشيء الذي تقبله لشريكه الآخر، وفقد في يده بلا تعدٍّ ولا تفريط، فلا يلزمه الضمان؛ لأن كل واحد من

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٦٩.
(٢) انظر: مواهب الجليل ٥/١٢٨.
(٣) انظر: مواهب الجليل ٥/١٢٧.
(٤) انظر: مواهب الجليل ٥/١٢٧.
(٥) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٠٠.

الشريكين وكيل الآخر، والوكيل لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط، فكذلك الشريك[١].

٩- إذا مات أحد الشريكين، أو جنَّ جنونًا مطبقًا، أو حجر عليه لسفه أو فلس، بطلت الشركة؛ لأن الشركة تتضمن الوكالة، والوكالة تبطل بهذه العوارض، فكذلك الشركة تبطل بما تبطل به الوكالة[٢].

١٠- لا تصح شركة في احتطاب، واصطياد، واستقاء، ونحوها من المباحات لدى جمهور الفقهاء[٣]؛ لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة، والتوكيل في أخذ المباح لا يصح[٤].

أ. د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٤١٣/٣.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٣٢٣/٣، الجوهرة النيرة ٢٩٠/١، درر الحكام لعلي حيدر ٣٦٧/٣، كشاف القناع ٥٠٦/٣، مطالب أولي النهى ٥٠٢/٣.

(٣) خلافًا لما عند بعض الفقهاء من تجويز الشركة في تملك المباحات، كتجويز المالكية، والحنابلة في منصوص المذهب الشركة في تملك المباحات كالاحتطاب. تنظر المسألة بالتفصيل في: المبسوط للسرخسي ٢١٦/١١، فتح القدير لابن الهمام ١٩١/٦، الجوهرة النيرة ٢٩٠/١، التاج والإكليل ٩٥/٧- ٩٦، الغرر البهية لزكريا الأنصاري٣/١٧٠- ١٧١، المغني ٤/٥، التاج المذهب ١٨٠/٣، البحر الزخار ٧٢/٥، شرائع الإسلام للحلي ١٠٩/٢، شرح النيل وشفاء العليل ٤١٨/١٠.

(٤) انظر: البحر الرائق ١٩٧/٥، رد المحتار ٣٠٥/٤، الجوهرة النيرة ٢٩٠/١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٦٧

نص الضابط: الشَّرِيكُ أَمِينٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الشريك في حصة شريكه كالمودَع في أنه أمين إلا أن يتعدى[٢].

٢- الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر[٣].

٣- يد الشريك مطلقًا في المال يد أمانة[٤].

٤- الشركاء أمناء بعضهم على بعض[٥].

٥- الشريك أمين فيما في يده من مال شريكه[٦].

صيغ ذات علاقة:

١- لا ضمان على مؤتمن[٧]. (أعم).

---

(١) المهذب للشيرازي ١/٣٤٧، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٢٢، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٤٢٨، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٩٢.

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي ٦/١٠٨.

(٣) شرح المجلة للأتاسي ٤/٢٧٤.

(٤) شرح فتح القدير للسيواسي ٦/١٨٥، وانظر: نهاية المحتاج للرملي ٥/١٣، تحفة المحتاج لابن حجر ٥/٢٩٢، إعانة الطالبين للدمياطي ٣/١٨٣، المبسوط للسرخسي ١١/١٦٧.

(٥) الكافي لابن عبد البر ٢/٧٨٤.

(٦) المهذب للشيرازي ١/٣٤٧.

(٧) لفظ حديث نبوي رواه الدارقطني ٣/٤١(١٦٧)، والبيهقي في الكبرى ٦/٢٨٩ من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص، رضي الله عنهما. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- المتعدي ضامن[١]. (قيد).

٣- المفرط ضامن[٢]. (قيد).

٤- المال المأخوذ بإذن صاحبه أمانة ما لم يكن مقبوضًا على وجه البدل[٣]. (أعم).

٥- لا يضمن المستودع إلا أن يخالِف[٤]. (مكمل).

٦- لا ضمان على الوكيل، ومصيبة المال ممن هو له[٥]. (مكمل).

٧- كل ما كان أمانة لا يصير مضمونًا بشرطه[٦]. (مكمل).

شرح الضابط:

معنى هذا الضابط أن المتعاقدين إذا أبرما عقد شركة[٧] في مال، فإنهما - بناء على هذا النوع من التعاقد - في نظر الشارع مستأمنان على ذلك المال، أو إن شئت فقل: «الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر»، أو «الشركاء أمناء بعضهم على بعض»؛ إلى غير ذلك من صيغ الضابط الأخرى التي تبرز هذا المدلول.

---

(١) الذخيرة للقرافي ٣١٨/٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣٨٥/٣.

(٤) الأم للشافعي ٢٤٥/٣، وعبر عنها آخرون بقولهم: «لا ضمان على المستودَع» المبسوط للسرخسي ١٣٠/١١، كشاف القناع للبهوتي ١٧٣/٤، وانظر الضابط: «الوديعة مبناها على الأمانة»، في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) الفواكه الدواني للنفراوي٢/ ٢٣٠.

(٦) الشرح الكبير لابن قدامة ٣٦٦/٥، وانظر قاعدة: «كل ما كان أمانة أو مضمونًا لا يزول عن حكمه بالشرط»، في قسم القواعد الفقهية.

(٧) يقول الشربيني في مطلع كتاب الشركة: «مقصود الباب، شركة تحدث بالاختيار بقصد التصرف وتحصيل الربح» مغني المحتاج ٢٢١/٢.

وإذا كانت العلاقة بين الشريكين في المال علاقة استئمان؛ فإنها بهذا الاعتبار لا تقبل إلزام المتصرف في المال من الشريكين بالضمان عند تلف المال، أو ادعاء الخسارة فيه؛ فالشريك لا ضمان عليه[1]؛ لأن تضمينه ينافي تأمينه، وتستلزم في الوقت نفسه تصديقه فيما يدعيه من تصرف في المال، أو تحديد لمقدار الربح، يضاف إلى ما ذكر أن القول قول الشريك المتصرف عند وقوع النزاع والمخاصمة.

إلا أن نفي الضمان عن الشريك مرهون بشرط عدم التعدي أو التفريط، وكذا تصديقه وتقديم قوله عند النزاع معتبران ما لم يُقِم الخصم بينة على عكس ما يدعيه.

وعدم التضمين مرده إلى ما تقرر في القاعدة من ذوات العلاقة: «لا ضمان على مؤتمن» إلا أن يتعدى أو يفرط؛ فإن فعل لزمه الضمان بناء على القاعدتين المقابلتين: «المتعدي ضامن» و«المفرط ضامن» ومرده كذلك إلى أن كل واحد من الشريكين إنما وضع يده على مال الشركة بناء على إذن شريكه، والقاعدة أن «المال المأخوذ بإذن صاحبه أمانة ما لم يكن مقبوضا على وجه البدل»، يقول ابن الهمام: «يد الشريك مطلقًا في المال يد أمانة؛ لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة؛ فيكون أمانة، بخلاف المقبوض على سوم الشراء؛ لأنه قبضه على وجه إعطاء البدل؛ فيكون مضمونًا، وإذا كان مقبوضًا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة؛ فكان أمانة»[2]، «فلذلك يقبل قوله مع اليمين في مقدار الربح، ومقدار الخسارة والضياع؛ أي ضياع المال كلاً أو بعضًا من غير اتِّجار، وفي الدفع والتسليم للشريك، سواء كان أصل المال أو الربح، ولا

---

(١) الفروع لابن مفلح ٣/١٥١، والمبدع له أيضًا ٣/٣٠١.

(٢) شرح فتح القدير للسيواسي ٦/١٨٥.

يكلف بحلف اليمين عند ادعاء الخيانة المجهولة»[١].

وحقيقة الأمر أن كل واحد من الشريكين إنما يتصرف في مال الشركة بصفتين:

١- صفة المالك لنصيبه من رأس المال.

٢- صفة الوكيل والمستودَع في حصة شريكه.

وقد بين الرافعي هاتين الصفتين بقوله: «كل واحد من الشريكين متصرف في جميع المال: في ماله بحق الملك، وفي غيره بحق إذنه، فهو وكيل عن صاحبه، وموكِّل له بالتصرف»[٢].

ويقول الخرشي: «اعلم أن كل واحد وكيل عن صاحبه موكِّل له؛ فشُبِّه كل واحد منهما بمجموع الوكيل والموكِّل»[٣].

ويقول علي حيدر: «الشريكان أمينا بعضهما لبعض، ومال الشركة في يد كل واحد منهما في حكم الوديعة؛ فإذا تلف مال الشركة في يد أحدهما بلا تعد ولا تقصير فلا يضمن حصة شريكه»[٤].

فالشريك - إذن - وكيل في التصرف في مال شريكه، مستودَع في حفظه، و«لا يضمن المستودَع إلا أن يخالِف»، و«لا ضمان على الوكيل، ومصيبة المال ممن هو له».

وقد عبر الشيخ الخرشي عن حاصل معنى الضابط الذي بين أيدينا

---

(١) درر الحكام لعلي حيدر ٣/٣٨٥.

(٢) الشرح الكبير للرافعي ١٠/٤٠٥.

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ٦/٣٩، وقال الرصاع في نفس المعنى: «كل واحد وكيل صاحبه في تصرفه في ملكه» شرح حدود ابن عرفة ٢/١٦٦.

(٤) درر الحكام لعلي حيدر٣/٣٨٤.

بالصيغة المفصلَّة من الصيغ الأخرى فقال: «الشريك في حصة شريكه كالمودَع في أنه أمين إلا أن يتعدى».

ومضمون الضابط الذي بين أيدينا يمثل وجهًا من وجوه محاسن الشريعة الغراء؛ لأنها بنَت هذا العقد على الثقة بين طرفيه، واستبعدت التهمة بين الشريكين، إلا أن تقوم عليها الحجة القاطعة، ولا يخفى ما في ذلك من المصالح المستجلبة، وعلى رأسها تشجيع التعاون والتشارك في الأعمال، وإنشاء المشاريع الاستثمارية الضخمة، وخصوصًا في عالمنا المعاصر المبني على التكتلات الاقتصادية الكبرى، والشركات المساهمة العابرة للقارات والمتعددة الجنسيات.

وقد أعمل الفقهاء هذا الضابط على اختلاف مذاهبهم - كما يظهر ذلك من خلال صيغه الأخرى، ومن الشرح والتطبيقات - لاتفاقهم على قاعدة: «لا ضمان على مؤتمن»، بل إنهم لا يجيزون الضمان على الأمين حتى وإن اشترطه أحد المتعاقدين ورضي به الآخر؛ لأن القاعدة أن «كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه»، يقول الزركشي: «لا يجوز ضمان الأمانات كالمال في يد الشريك والوكيل والمقارض لأنها غير مضمونة العين»[1] فـ «الأمانة لا تصير مضمونة على المؤتمن إلا بإحداثه فيها من الحدث ما يلزمه به ضمانها، فأما بقوله: أنا لها ضامن؛ فلا تصير مضمونة بإجماع الجميع على ذلك»[2].

أدلة الضابط :

١- عن أبي هريرة، رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «يقول الله: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من

(١) المنثور للزركشي ٣/٣٦٢، وعبر عنها بعض الفقهاء بقوله: «الأمانات لا تنقلب مضمونة بالشرط» غمز عيون البصائر للحموي ٤/١١٨.

(٢) اختلاف الفقهاء للطبري ١/١٩٣.

بينهما»[1]، والمعنى أنا معهما بالحفظ والإعانة، فأمدهما بالمعونة في أموالهما، وأنزل البركة في تجارتهما، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت البركة والإعانة عنهما، وهو معنى خرجت من بينهما[2]، ويفهم من فحوى الحديث: أن الأصل في الشركة أنها مبنية على الأمانة المستحقة لمعية الله للشريكين الأمينين، وإنما الخيانة عارض يرفع تلك المعية.

٢- الشريك قبض مال الشركة بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة، فيكون أمينًا؛ قياسًا على الوديعة[3]، والمستودَع أمين[4].

٣- كل واحد وكيل عن شريكه الآخر في مال الشركة، والوكيل أمين لا ضمان عليه[5].

تطبيقات الضابط :

١- لو دفع رجل إلى آخر مالا على أن يعمل فيه، فضاع المال قبل أن يعمل فيه، فلا ضمان عليه؛ لأنه أمره بالعمل به على وجه الشركة، والمال أمانة في يد الشريك[6].

٢- إذا اشترى أحد الشريكين متاعًا بمال الشركة، فضاع منه بدون تعد

---

(١) رواه أبو داود ١٣٥/٤ (٣٣٧٦)، والحاكم ٥٢/٢ وصححه، ووافقه الذهبي.

(٢) البدر المنير لابن الملقن ٧٢٣/٦، الإقناع للشربيني ٣١٦/٢.

(٣) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي ٦٤٠/٢، تبيين الحقائق للزيلعي ٣٢٠/٣، شرح المجلة للأتاسي ٢٧٤/٤.

(٤) درر الحكام لعلي حيدر ٢٣٣/٢.

(٥) انظر: الكافي لابن عبد البر ص ٣٩٥، الذخيرة للقرافي ٦٦/٨.

(٦) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦٦/١١- ١٦٧، درر الحكام لعلي حيدر ٣٦٦/٣.

ولا تقصير؛ فإنه يصدق بيمينه، ما لم يكن هناك دليل على الخيانة أو التفريط[١]؛ لأن الشريك أمين.

٣- إذا تلفت الدابة تحت يد أحد الشريكين، وكانت تحت يد الشريك بإذن من غير إذن في الاستعمال ولم يستعملها؛ فهي أمانة لا تُضمن إلا إذا قصَّر[٢]؛ لأن الشريك أمين.

٤- إذا ادعى أحد الشركاء على شريكه الخيانة، فلا يكلف المدعى عليه أن يحلف اليمين إذا كانت الخيانة مجهولة، ولا يوجد ما يثبتها[٣]؛ لأن الشريك أمين.

٥- لا يجوز لأحد الشريكين في المال أن يهب ولا أن يحابي، ولا يصنع معروفًا إلا بإذن صاحبه، إلا أن يكون في ذلك منفعة تعود على متجرهما؛ فيستغني في ذلك عن إذن صاحبه، والشركاء أمناء بعضهم على بعض ما ادعى أحدهم من تلف مال أو وضيعة فهو مصدق ما لم يبين خلاف قوله، وإن اتهم حلف[٤].

٦- إذا باع الشريك من مال الشركة، ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد منه فيه؛ فلا ضمان عليه[٥].

٧- لو نقل أحد الشريكين مال الشركة بإذن شريكه في باخرة مثلا إلى بلد آخر، فغرقت الباخرة وتلفت أموال الشركة، فلا يسأل الشريك القائم

---

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/٣٦٥.

(٢) حاشية الجمل ٣/٣٩٩.

(٣) انظر: شرح الطائي على كنز الدقائق ١/٢٧٣، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٣٦٤، ٣٦٦، شرح المجلة للأتاسي ٤/٢٧٥، الذخيرة للقرافي ٨/٦٦، الغرر البهية ٣/١٦٩، شرائع الإسلام ٢/١٠٧.

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ١/٣٩٢.

(٥) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٣٩٢، المغني لابن قدامة ٥/٦٠.

بالنقل عن هذا المال ولا يضمنه؛ لأنه لا يعد متعديًا ولا مقصرًا[١]؛ لأن الشريك أمين.

٨- لأحد الشريكين إيداع مال الشركة لآخر؛ لأن الإيداع هو استحفاظ بغير أجر، فلو أودعه وتلف بلا تعد ولا تقصير في يد المستودَع؛ فلا يلزم الشريك المودع شيء؛ لأن هذا الإيداع متعارف ومعتاد بين التجار[٢]، والشريك أمين.

٩- إن كان في يد الشريك عين وادعى شريكه أن ذلك من مال الشركة، وادعى هو أنه له؛ فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الظاهر مما في يده أنه ملكه[٣]، ولأن الشريك أمين فيما في يده من مال.

١٠- إن اشترى الشريك شيئًا فيه ربح، فادعى الشريك أنه اشتراه للشركة، وادعى هو أنه اشتراه لنفسه، أو اشترى شيئًا فيه خسارة، وادعى الشريك أنه اشتراه لنفسه، وادعى هو أنه اشتراه للشركة؛ فالقول قوله؛ لأنه أعرف بعقده ونيته[٤]؛ لأن الشريك أمين فيما في يده من مال.

د. رحال بالعادل

* * *

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/٣٦٦.
(٢) درر الحكام لعلي حيدر ٣/٤٢٣.
(٣) انظر: المهذب للشيرازي ١/٣٤٧.
(٤) انظر: المهذب للشيرازي ١/٣٤٧.

ضوابط باب المضاربة

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٦٨

نص الضابط: مَبْنَى الْمُضَارَبَةِ عَلَى الأَمَانَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

- مبنى المضاربة على أن المضارب أمين[٢].

صيغ ذات علاقة:

- لا ضمان على مؤتمن[٣]. (أعم).

شرح الضابط:

(المضاربة) في اللغة: مفاعلة من ضرب في الأرض: إذا سار فيها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [المزمل: ٢٠]، وهي: أن تعطي إنسانًا من مالك ما يتجر فيه على أن يكون الربح بينكما، أو يكون له سهم معلوم من الربح، وتسمية المضاربة بهذا الاسم في لغة أهل العراق، أما أهل الحجاز فيسمون عقد المضاربة: قراضًا، أو مقارضة، قال الزمخشري: أصلها من القرض في الأرض، وهو قطعها بالسير فيها[٤]، واختار الحنفية والحنابلة التسمية

(١) البناية شرح الهداية للعيني ٧/٧٢٤- ٧٢٥، وفيها أيضًا بلفظ: «المضاربة مبناها على الأمانة».

(٢) العناية شرح الهداية للبابرتي ٨/٤٧٨.

(٣) حاشية الروض المربع لابن قاسم ٥/٤٥٧، التجريد للقدوري ٧/٣٦٤٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: لسان العرب، والقاموس المحيط (ضرب).

بالمضاربة عنوانًا لبابها، وجهة تسميتها بذلك؛ لأن كل واحد من طرفي العقد فيها يضرب بسهم في الربح، ولما فيها غالبًا من السفر، والسفر يسمى ضربًا، واختار المالكية والشافعية التسمية بالقراض عنوانًا لبابها، والمقارضة أو القراض اشتقاق من القرض، أي القطع؛ لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح، أو بالاشتقاق من المقارضة، وهي المساواة؛ لتساوي طرفي العقد في الربح، ولأن المال من المالك والعمل من العامل، وقيل: تسمى معاملة[1].

و(المضاربة) اصطلاحًا: عقد شركة في الربح بمال من جانب، وعمل من جانب[2]، أي دفع مال معلوم لمن يتَّجِر فيه بجزء مشاع معلوم من ربحه[3].

وهذه المعاملة جائزة بالإجماع، حكاه ابن المنذر. والحكمة تقتضيها؛ لأن بالناس حاجة إليها؛ فإن النقود لا تنمَّى إلا بالتجارة، وليس كل من يملكها يحسن التجارة، ولا كل من يحسن التجارة له مال؛ فشرعت لدفع الحاجة[4].

وهذا الضابط يتعلق ببيان صفة يد المضارب في عقد المضاربة، والمضارب أمين في جميع أحواله: عند قبضه للمال، وعند تصرفه فيه، وعند حصوله على الربح نتيجة المضاربة.

والمضارب أمين، وأجير، ووكيل وشريك: فأمين إذا قبض المال، ووكيل إذا تصرف فيه، وأجير فيما يباشره بنفسه من العمل، وشريك إذا ظهر فيه الربح[5].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٧٩، ٨٦، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٣٢١، الشرح الصغير للدردير ٣/٦٨١، حاشية العدوي ٢/٢٠٦، مغني المحتاج ٣/٣٩٧، روضة الطالبين للنووي ٥/١١٧، كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٠٨، مطالب أولي النهى ٣/٥١٣.

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٤/٤٨٣، حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣/٥١٧، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٣٠٩- ٣١٠، كشاف القناع ٣/٥٠٨.

(٣) مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٥١٣.

(٤) انظر: مجمع الأنهر ٢/٣٢١، مطالب أولى النهى ٣/٥١٣.

(٥) انظر: زاد المعاد لابن القيم ١/١٥٤.

فرأس مال المضاربة في يد المضارب له حكم الوديعة في بعض أحكامه[١]؛ فيجب على المضارب المحافظة على هذا المال، فإذا هلك من غير تعد ولا تفريط منه فلا ضمان عليه، كما لا يجب على المضارب أداء مال المضاربة إلا بعد مطالبة صاحب المال به[٢]، وإن قبض المضارب رأس المال بغير بينة، فالقول قوله في ادعاء الرد إلى صاحب المال[٣].

وأما تصرفات المضارب في رأس المال فهو وكيل عن رب المال فيه، فتصرفاته تابعة لإذن صاحب المال، وهي محمولة على السداد والنظر، حتى يتبين خلافه كما في تصرفات الوكيل[٤]؛ لهذا اشترط الفقهاء في رأس مال المضاربة أن لا يكون دَيْنًا؛ إذ لا يتصور كون المضارب أمينًا فيما عليه من الدَّين[٥].

وإذا تحقق ربح نتيجة عمل المضارب، فإنه يكون شريكًا في هذا الربح مع صاحب المال، على حسب ما اتفقا عليه في توزيع الربح بينهما بالنسب المعروفة، كالنصف أو الربع أو الثلث، ونحو ذلك مما جرى الاتفاق عليه بينهما مسبقًا[٦].

ولما كان كل من الوديع والوكيل والشريك أمناء لا يلحقهم الضمان من غير تعد ولا تفريط؛ فالمضارب الذي جمع أحكامهم في مراحل عمله في المضاربة - في قبضه للمال ثم تصرفه فيه ثم بعد حصوله على الربح - أمين كذلك.

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٤٣٨.

(٢) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ١/١٠٤.

(٣) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ١/١٤٣، التاج والإكليل للمواق ٧/٢٨٩.

(٤) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٥/١٩٣.

(٥) انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٢/٣١١، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٣٩٩.

(٦) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤٣٨، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٥١٥.

وهذا الضابط قرره فقهاء المذاهب الأربعة، ووافقهم الظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية[١].

وفي العصر الحديث احتل عقد المضاربة مكانة بارزة في التعامل الاقتصادي، وأصبح ركيزة أساسية في بناء الاقتصاد الإسلامي الحديث، وذلك عن طريق الاستثمار الجماعي باشتراك عدد من الأفراد برأس مال، ويلتزم المضارب أن يعمل في هذا المال على شروطهم ووفقًا لما تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية.

وبذلك أصبحت المضاربة وسيلة لاستثمار الأموال، وتنميتها في المشروعات الكبرى التي تشبع حاجات الناس، فيعود الخير على العامل في المضاربة، وعلى أصحاب رؤوس الأموال وعلى المجتمع بأسره عن طريق ما تنتجه هذه المضاربة من مشاريع.

وأصدرت بعض المصارف الإسلامية في هذا الشأن صكوك المقارضة: وهي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال المضاربة بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة، على أساس وحدات متساوية القسمة، ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصًا شائعة في رأس مال المضاربة، وما يتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه[٢].

---

(١) انظر: البناية ٧/٧٢٤- ٧٢٥، الذخيرة للقرافي ٣٩/٦، مغني المحتاج ٣٩٩/٣، مطالب أولي النهى ٥١٥/٣، المحلى لابن حزم ٩٨/٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٧٩/٥، الروضة البهية للعاملي ٢١٩/٤، شرح النيل لأطفيش ٣٦٧/١٠.

(٢) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٥ بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، وذلك في دورته الرابعة بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ ٦-١١ فبراير ١٩٨٨م وهو في مجلة المجمع العدد الرابع ٢١٦١/٣، ٢١٦٢.

أدلة الضابط :

يستدل للضابط بالسنة والمعقول:

أما السنة: فقول رسول الله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»[(١)].

وجه الدلالة : أن الأصل هو عدم التضمين، فلا ضمان على العامل فيما تلف من المال - ولو تلف كله - ولا فيما خسر فيه، ولا شيء له على رب المال، إلا أن يتعدى أو يضيع فيضمن[(٢)].

وأما المعقول: فلما كان المضارب يتصرف في المال بأمر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سَوْمِ الشراء[(٣)]، ولا على وجه الوثيقة كالرهن، فهو وكيل فيه؛ لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه، وهو بعد حصول الربح شريك مع صاحب المال في هذا الربح[(٤)]، ولما كانت الوديعة والوكالة والشركة من عقود الأمانات - وهي كل عقد غير مضمون[(٥)]- فإن المضاربة التي فيها معنى هذه العقود تكون من عقود الأمانات أيضًا.

---

(١) رواه مسلم ٨٨٩/٢ (١٢١٨) عن جابر بن عبد الله الأنصاري، رضي الله عنهما، وهو جزء من الحديث الطويل المشهور الذي أوله: أن رسول الله ﷺ مكث تسع سنين لم يحج، ثم أذن في الناس في العاشرة: أن رسول الله ﷺ حاج.

(٢) انظر: المحلى ٩٨/٧.

(٣) ما قبضه المشتري على سَوْمِ الشراء: هو أن يأخذ المشتري من البائع مالا، على أن يشتريه مع تسمية الثمن، فهلك أو ضاع في يده، فإن كان من القيميات لزمت عليه قيمته، وإن كان من المثليات لزم عليه أداء مثله للبائع. انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢٨٢/١- ٢٨٣.

(٤) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي ٦٥١/٢، البناية ٦٥٦/٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٥٣/٥، شرح المجلة للأتاسي ٣٣٦/٤- ٣٣٧.

(٥) انظر: في تعريف عقود الأمانات: البحر الرائق لابن نجيم ٢٧٤/٧.

تطبيقات الضابط :

١- إن قبض المضارب رأس مال المضاربة بغير بينة، فقال لصاحب المال: رددت رأس المال إليك، فهو مصدق[١]؛ لأن مبنى المضاربة على الأمانة.

٢- من نهى رجلا عن الخروج بمال المضاربة من مصر مثلا، ثم خرج المضارب به إلى بلد آخر، ثم عاد به سليمًا إلى الموضع المأذون فيه، فإذا هلك المال حينئذ فلا ضمان على المضارب[٢]؛ لأنه أمين.

٣- لو دفع صاحب المال إلى المضارب ألفًا مضاربة بالنصف، ودفع إليه ألفًا أخرى مضاربة بالثلث أيضًا، ولم يقل في واحد منهما: اعمل فيه برأيك، فخلطهما المضارب قبل أن يعمل بشيء منهما، ثم عمل فربح أو وضع؛ فلا ضمان عليه، والوضيعة على رب المال؛ لأن المالين على ملك رب المال، والمضارب أمين فيهما، والأمين بخلط الأمانة بعضها ببعض لا يصير ضامنًا[٣].

٤- إذا تلف مقدار من مال المضاربة، فيحسب في بادئ الأمر من الربح، ولا يسري إلى رأس المال؛ لأن الربح وقاية لرأس المال، وإذا تجاوز مقدار الربح وسرى إلى رأس المال فلا يضمنه المضارب، سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة[٤]؛ لأن مبنى المضاربة على الأمانة.

---

(١) انظر: تبصرة الحكام ١/١٤٣، التاج والإكليل ٧/٢٨٩.

(٢) انظر: شرح حدود ابن عرفة لمحمد بن قاسم الرصاع ص ٣٤٢.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٢/١٣٢.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤٥٨.

من التطبيقات المعاصرة :

- يد المضارب على حصيلة الاكتتاب[١]، في صكوك المقارضة هي يد أمانة، لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية[٢].
- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال، أو ضمان ربح مقطوع، أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنًا، بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل[٣].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) يقوم العقد في صكوك المقارضة المضاربة على أساس أن شروط العقد تحددها نشرة الإصدار، وأن الإيجاب يعبر عنه بالاكتتاب في هذه الصكوك، وأن القبول تعبر عنه موافقة الجهة. انظر: توصيات ندوة سندات المقارضة وسندات الاستثمار التي أقامها مجمع الفقه الإسلامي بجدة بالاشتراك مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية بتاريخ ٦-٩ محرم ١٤٠٨هـ- ٣٠/٢- ٨ أيلول ١٩٨٧م وهو موجود بمجلة المجمع العدد الرابع ٢٠٠٥/٣، وانظر أيضًا: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٥ بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، وذلك في دورته الرابعة بجدة في المملكة العربية السعودية في الفترة من ١٨ إلى ٢٣ جمادى الآخرة سنة ١٤٠٨هـ. الموافقة لـ ٦ إلى ١١ فبراير سنة ١٩٨٨م وهو في مجلة المجمع العدد الرابع ٢١٦٢/٣.

(٢) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٥ بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، وذلك في دورته الرابعة بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ/٦-١١ فبراير ١٩٨٨م وهو في مجلة المجمع العدد الرابع ٢١٦٢/٣.

(٣) انظر: المرجع السابق.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٦٩

نص الضابط: الأَصْلُ فِي المُضَارَبَةِ العُمُومُ والإطْلاقُ[1].

صيغ أخرى للضابط :

١- الأصل في المضاربة العموم[2].

٢- الأصل في المضاربة الإطلاق[3].

٣- مقتضى المضاربة الإطلاق[4].

٤- العموم مقتضى المضاربة[5].

شرح الضابط :

المضاربة من أفضل طرق استثمار المال في القديم، بل وفي العصر الحديث، حتى غدت من الدعائم الأساسية التي يقوم عليها عمل المصارف الإسلامية.

---

(١) انظر: البناية للعيني ١٢٩/٩، فتح القدير لابن الهمام ٩٣/٨، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢٣٩/٢، الذخيرة البرهانية ٦٥/٨، تبيين الحقائق للزيلعي ٢٨٣/٥.

(٢) تبيين الحقائق ٥/٥٦٠، وانظر: التحقيق الباهر لهبة الله البعلي ٢/٢٠٤.

(٣) فتاوى قاضيخان ١٦٩/٣.

(٤) إبراز الضمائر للأزميري ١/٣٢٤.

(٥) إبراز الضمائر ١/٣٢٤.

ولما كان الأمر كذلك، كان لا بد من الإشارة إلى أن هذا الضابط يُكْسِب عقد المضاربة المرونة الكافية لمواكبة اتساع النشاط الاقتصادي في العصر الحديث، بل ويغني عن كثير من المعاناة التي تكبدها الباحثون في تخريج أحكام تتعلق بما يطلق عليه في العصر الحديث بالمضاربة المشتركة، وهي تلك المضاربة التي يعهد فيها مستثمرون عديدون - معًا أو بالتعاقب - إلى شخص طبيعي أو معنوي باستثمار أموالهم، ويطلق له غالبًا الاستثمار بما يراه محققًا للمصلحة، وقد يقيد بنوع خاص من الاستثمار مع الإذن له صراحة أو ضمنًا بخلط أموالهم بعضها ببعض، أو بماله أو بموافقته أحيانًا على سحب أموالهم كليًّا أو جزئيًّا عند الحاجة بشروط معينة[١].

وهذا الضابط يتعلق بتصرفات المضارب في عقد المضاربة، وقد اتفق الفقهاء على أن صاحب المال إذا أطلق المضاربة، فقال للمضارب مثلا: اعمل في مالي على أن الربح بيننا بنسبة محددة، فإن تصرفات المضارب فيما هو من قبيل التجارات ولوازمها جائزة، إلا أنه قد تنوعت أنظارهم في نطاق هذه التصرفات، هل هي عامة في كل ما يتصرف به التجار في تجاراتهم، أو هي قاصرة على أمور معينة؟

فذهب الحنفية، والمالكية، والزيدية، إلى أن المضارب له أن يزاول كل ما يقوم به التجار من أعمال لتحصيل الربح، إلا أن المالكية يشترطون عدم التضييق على العامل بتعيين شيء معين، أو توقيت زمن معين، وأما الحنفية والزيدية: فيرون أن لصاحب المال تقييد المضاربة بزمان معين، أو مكان معين، أو نحو ذلك[٢].

---

(١) انظر: قرار رقم ١٢٢، ١٣/٥ لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثالثة عشرة بدولة الكويت في الفترة من ٧-١٢ شوال ١٤٢٢هـ/ الموافق ٢٢، ٢٧ ديسمبر ٢٠٠١م بشأن القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية حساب الاستثمار.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٥/٢٨٣، الذخيرة للقرافي ٦/٣٦، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٨٣، التاج المذهب لأحمد بن قاسم العنسي ٣/١٥٤.

وذهب الشافعية، والحنابلة، والإمامية، والإباضية، إلى أن المضارب لا يعمل إلا بإذن صاحب المال، فإن أذن له صاحب المال مطلقًا في جميع التجارات تصرف فيها، وإن عين له جنسًا أو نوعًا أو بلدًا، تصرف فيه دون غيره؛ لأنه متصرف بالإذن فتوقف عليه كالوكيل[١].

وصياغة الضابط بهذه الصورة المتسمة بالشمول جاءت من قبل فقهاء الحنفية، والمضاربة عندهم نوعان: مضاربة مطلقة، ومضاربة مقيدة.

فـ(المضاربة المطلقة): أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله، و(المضاربة المقيدة): أن يعين شيئًا من ذلك[٢].

وتصرفات المضارب في المضاربة تنقسم إلى أربعة أقسام[٣]:

١- التصرفات التي هي من لوازم وتوابع المضاربة، وهي التصرفات المتعارف عليها بين التجار، فللمضارب أن يتصرف في هذه الأمور بمجرد عقد المضاربة، بمعنى: أن المضارب في المضاربة المطلقة مأذون له بالعمل في لوازم المضاربة والأشياء التي تتفرع عنها، كالتوكيل بالبيع والشراء، والرهن والارتهان، والإيجار والاستئجار، والإيداع، والإبضاع[٤]، فللمضارب أن يقوم بكل ذلك بمجرد عقد المضاربة بدون الحاجة إلى إذن صريح، أو تفويض من صاحب المال.

---

(١) انظر: الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٢٨٦/٣، المغني لابن قدامة ١٣/٥، ١٦، الروضة البهية للعاملي ٢١٣/٤- ٢١٤، شرح النيل لأطفيش ٣٦٣/١٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٨٧/٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٨٧/٦، ٩٨، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٤١/٣، ٤٤٣، تبيين الحقائق ٦٨/٥- ٦٩، التحقيق الباهر ٢٠٤/٢.

(٤) هو أن يعطي من المال لمن يتجر فيه والربح كله للدافع انظر: الإنصاف للمرداوي ٤١٧/٥.

٢- التصرفات التي ليس للمضارب أن يعملها بمجرد عقد المضاربة، بل تتوقف على التفويض من صاحب المال للمضارب، ويكفي فيها الإذن العام من صاحب المال للمضارب بقوله: اعمل برأيك، ومن هذه التصرفات أن يعطي المضاربُ المال لغيره ليضارب فيه، أو يشارك بالمال غيره، أو يخلط مال المضاربة بماله، أو بمال الغير.

٣- التصرفات المتوقفة على إذن صريح من صاحب المال، ولا يكفي فيها الإذن العام من صاحب المال للمضارب بقوله: اعمل برأيك، وهي تلك الأشياء التي لم تكن من باب المضاربة أو من توابعها، كما لو أخذ المضارب نخلا مساقاة، وصرف عليه من مال المضاربة، فهذا التصرف من المضارب غير جائز، حتى ولو قال له صاحب المال: اعمل برأيك. ومن أمثلة هذه التصرفات أيضًا أن يقوم المضارب بالاستدانة أو بالإقراض أو بالهبة أو بالصدقة.

٤- التصرفات التي ليس للمضارب أن يعملها أصلا، حتى وإن أذن له صاحب المال صراحة، ومن أمثلة هذه التصرفات أن يشتري المضارب شيئًا حرامًا.

ومما يبرز أهمية هذا الضابط أنه يعالج قضية الخلاف الذي ينشأ بين المضارب وصاحب المال حول عموم المضاربة وخصوصها، كأن يقول المضارب: كانت المضاربة عامة في كل شيء، ويخالفه صاحب المال فيقول: بل كانت في نوع معين من السلع، هنا يأتي الضابط فيفصل في هذا النزاع بأن القول لمدعي العموم[١].

(١) انظر: تبيين الحقائق ٥/ ٥٩٠، إبراز الضمائر ١/ ٣٢٤.

أدلة الضابط:

١- لأن المضارب يملك التصرف في المال بمجرد عقد المضاربة، فبهذا قامت دلالة الإطلاق[١]، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيده دليل نصًّا أو دلالة، كما هو محرر في الأصول.

٢- ولأن المقصود من المضاربة الاسترباح، والعموم والإطلاق يناسبانه[٢].

تطبيقات الضابط:

١- لو ادعى صاحب المال المضاربة في نوع معين من السلع، وقال المضارب: ما حددت لي استثمار المال في سلعة بعينها، فالقول للمضارب؛ إذ الأصل في المضاربة العموم[٣].

٢- لو باع المضارب نسيئة، فقال صاحب المال: أمرتك أن تبيعه نقدًا، وقال المضارب: أطلقت لي التصرف، فالقول للمضارب؛ لأن الأصل في المضاربة الإطلاق والعموم[٤].

٣- إذا اختلف المضارب وصاحب المال، فقال المضارب: أمرتني أن أخرج إلى جميع البلدان، أو قال: لم تأمرني بشيء، وقال صاحب المال: أمرتك أن تخرج إلى بلد معينة وحدها، فالقول قول المضارب[٥]؛ لأن الأصل في المضاربة العموم.

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٥/١٣١.

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٥/٦٦٠.

(٣) انظر: البناية ٩/١٢٩، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢/٣١٨، الفتاوى الهندية ٤/٣٢٣، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤٢٩.

(٤) انظر: الهداية ٥/١٣٠- ١٣١، تبيين الحقائق ٥/٢٨٣، فتاوى قاضيخان ٣/١٦٩، الفتاوى الهندية ٤/٣٢٣.

(٥) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٣٢٣.

٤- للمضارب البيع مطلقًا بالنقد أو بالنسيئة إلى أجل متعارف بمطلق عقد المضاربة؛ لأن البيع بالنسيئة من عادة التجار، كما أن البيع نسيئة يكون بثمن أعلى من البيع نقدًا؛ فيؤدي إلى زيادة الربح[(١)].

٥- للمضارب أن يبيع أو يشتري من أجنبي، وله أيضًا أن يبيع أو يشتري من صاحب المال أيضًا بمجرد عقد المضاربة ما لم يقيده المالك؛ لأنه وإن اشتراه للمالك لكونه وكيلا عنه، لكن في شرائه فائدة، وهي حصول الربح للمضارب، كما أن فيه فائدة للمالك أيضًا؛ لأنه ربما يعجز عن بيعه بنفسه[(٢)].

٦- للمضارب السفر بمال المضاربة برًّا وبحرًا، وذلك بمطلق عقد المضاربة، ولكن ليس له السفر المخيف الذي يجتنبه الناس[(٣)].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٤٤١/٣.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٤٤١/٣.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٤٤٣/٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٧٠

نص الضابط: كُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَةَ الرِّبْحِ يُفْسِدُ الْمُضَارَبَةَ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل ما يؤدي إلى جهالة الربح يفسد المضاربة[٢].

٢- يفسد المضاربة كل شرط يوجب جهالة الربح[٣].

٣- اشتراط ما يعود بجهالة الربح يفسد المضاربة[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- كل شرط يوجب قطع الشركة، فهو مفسد للمضاربة، وما لا فلا[٥]. (مكمل).

---

(١) انظر: البناية للعيني ٧/٦٦٢، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٥٥، مجمع الضمانات لابن غانم ص ٣٠٤، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٢/٣١١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٨٦.

(٣) انظر: غنية ذوي الأحكام للشرنبلالي ٢/٣١١.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٤١.

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٥/٥٥- ٥٦.

٢- المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة[١]. (مكمل).

٣- كل من يستحق الربح بمال إذا شرط عمله مع المضارب يفسد العقد[٢]. (مكمل).

٤- يصح تعليق المضاربة بشرط ملائم[٣]. (أعم).

شرح الضابط :

هذا الضابط أحد الضوابط الناظمة لأحكام المضاربة، ويتعلق بصفة مباشرة بأهم مقصود من مقاصدها، وهو الربح، وكما هو مقرر في أحكام المضاربة ومصرح به في تعريف الفقهاء لها أنه يشترط فيها معلومية الربح المضروب لكلا العاقدين على جهة الشيوع، وهي ما تسمى بالحصة أو النسبة أو الجزئية الشائعة، كربع أو ثلث أو نصف، وهو يفيد بمنطوقه أن انطواء عقد المضاربة على شرط يفضي إلى الجهالة في توزيع الربح بين المتعاقدين يكون مفسدًا لها، بخلاف ما إذا كان الشرط لا يفضي إلى ذلك؛ فإنه لا يكون مفسدًا لها، وإنما يبطل الشرط وحده[٤].

وبهذا يتضح أن الشرط الفاسد إذا دخل في هذا العقد، فهو على ثلاثة أحوال باعتبار ما له من تأثير على عقد المضاربة:

أولاً: إن كان الشرط يوجب قطع الشركة، كشرط عدد مقدر من الربح، وليس جزءًا معلومًا شائعًا، كألف أو مائة ونحو ذلك، فإن المضاربة تفسد به؛ لجواز أن لا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور؛ فيكون ذلك لأحدهما دون

---

(١) فتاوى قاضيخان ٣/١٦٣، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٥/٥٦.

(٣) انظر: مجمع الضمانات ص ٢٧٣.

(٤) انظر: مجمع الأنهر ٢/٣٢١.

الآخر، فلا يتحقق في المعاملة وصف الشركة، فلا يكون التصرف مضاربة.

ثانيًا : إذا كان الشرط يفضي إلى جهالة فاحشة في توزيع الربح، فإن العقد يفسد به أيضًا، وهذا ما يقتضيه معنى الضابط، كما يظهر ذلك من تطبيقاته.

ثالثًا : إن كان الشرط الذي تضمنه العقد لا يقطع وصف الشركة عن المعاملة، ولا يفضي إلى الجهالة في الربح، فالشرط باطل والعقد صحيح، كشرط الوضيعة، وهي الخسران على المضارب؛ لأن الخسران جزء هالك من المال، فلا يجوز أن يلزم غير رب المال[1]، لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح، ولا يؤثر في جهالة الربح، فلا تفسد به المضاربة، وقيل: تفسد المضاربة به؛ لأنه شرط فاسد، فأفسد المضاربة، وبهذا قال الحنابلة في رواية، وحكي أيضًا عن الشافعي[2].

ويجدر التنبيه هنا إلى : أن المضاربة إذا فسدت بشرط فاسد، فللعامل أجر المثل فيما باشره بنفسه من أعمال؛ لأن عمله إنما كان في مقابلة المسمى، فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله إليه؛ لأنه لم يعمل إلا ليأخذ عوضه، وذلك متعذر لفساد المضاربة، فوجب له قيمته، وهي أجر مثله، كالبيع الفاسد، والربح كله لرب المال؛ لأنه نماء ماله، والعامل إنما يستحق بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق شيئًا[3].

وإذا تضمن التصرف الذي أفسد المضاربة عناصر عقد آخر، انقلب إليه؛ لأن العبرة في العقود بالمعاني، فلو اشترط أن يكون الربح كله للعامل فهو

---

(١) ويجدر التنبيه إلى أن ما نقص من رأس المال أثناء أعمال المضاربة يجبر من الأرباح، مالم تكن قبل التصرف؛ فإنها تكون من رأس المال. انظر: منح الجليل لعليش ٣٥٥/٧، حاشيتا قليوبي وعميرة ٥٩/٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٨٦/٦، مواهب الجليل للحطاب ٣٥٩/٥، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٦١/٣، المغني لابن قدامة ٤٠/٥.

(٣) انظر: مطالب أولي النهى ٥١٧/٣.

قرض؛ لأن اللفظ يصلح له فانصرف إليه، ولا يعتبر قراضًا؛ لمنافاته مقتضى عقد القراض، ولو اشترط أن يكون الربح كله لصاحب المال، فهو إبضاع أي وكالة، فيصير العامل وكيلا متبرعًا؛ لأنه لا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل، وعلى هذا تكون تسمية التصرف مضاربة من باب المجاز لا الحقيقة، وقيل: يبطل التصرف رأسًا، وبهذا قال الشافعية في الأصح، ورواية في مذهب الحنابلة، وبه قال أهل الظاهر أيضًا[1].

أدلة الضابط:

١- لأن من شرط المضاربة كون الربح معلومًا[2]؛ لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد[3].

٢- ولأن اشتراط ما يوجب جهالة الربح يمنع موجب العقد، فلا ينعقد العقد؛ إذ العقد شرع لإثبات موجبه[4].

٣- ولأن الجهل بمقدار الربح يفسد المضاربة؛ لأن الجهالة تمنع من التسليم، فتفضي إلى التنازع والاختلاف، ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب[5]، ولأن جهالة الربح تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح، أو إلى فواته بالكلية، ومن شرط المضاربة كون الربح معلومًا[6].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٨٦/٦، شرح الخرشي ٢٠٩/٦، حاشية الدسوقي لابن عرفة ٥٢٢/٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني٤٠٤/٣، أسنى المطالب ٣٨١/٢، مطالب أولي النهى ٥١٥/٣- ٥١٦، المحلى لابن حزم ٩٧/٧.

(٢) انظر: المغني ٤١/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٨٦/٦، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٣١١/٢-٣١٢، الاختيار للموصلي ٢٠/٢، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٣٥/٣، المغني ٤١/٥- ٤٢.

(٤) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥٤/٥، ٥٦.

(٥) انظر: المغني ٤١/٥-٤٢.

(٦) انظر: المغني ٤١/٥.

تطبيقات الضابط :

١- لو اشترط صاحب المال على العامل في المضاربة أن يدفع إليه العامل داره ليسكنها صاحب المال سنة مثلا، فسد عقد المضاربة؛ لأن صاحب المال جعل بعض الربح عوضًا عن عمل العامل في المضاربة، والبعض الآخر أجرة داره، فحصة العامل في عقد المضاربة مجهولة[(١)].

٢- لو قال صاحب المال للمضارب: لك نصف الربح أو ثلثه أو ربعه، هكذا على صيغة الترديد في الربح، فسدت المضاربة؛ لأنه يوجب الجهالة في الربح[(٢)].

٣- إذا اشترط أحد المتعاقدين في المضاربة جزءاً من الربح مجهولا فسدت المضاربة، وللعامل أجرة المثل[(٣)].

٤- إذا اشترط العامل في المضاربة ربح إحدى السفرتين اللتين يقوم بهما في أثناء عمله في المضاربة، فسدت المضاربة؛ لجهالة الربح، وللعامل أجرة المثل[(٤)].

٥- إذا اشترط المضارب ربح هذا الشهر في المضاربة، فسدت المضاربة؛ لجهالة الربح، وللعامل أجرة المثل[(٥)].

٦- إذا اشترط أحد المتعاقدين في المضاربة أن له الحق في سلعة تم

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٥/٥٥-٥٦، مجمع الأنهر ٢/٣٢٣-٣٢٤، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤٣٥.

(٢) انظر: حاشية الشرنبلالي على درر الحكام ٢/٣١٢، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤٣٥.

(٣) انظر: المغني ٥/٤١، الإنصاف للمرداوي ٥/٤٢٣-٤٢٤.

(٤) انظر: المغني ٥/٤١، الإنصاف ٥/٤٢٣-٤٢٤.

(٥) انظر: المغني ٥/٤١، الإنصاف ٥/٤٢٣-٤٢٤.

شراؤها من أموال المضاربة، فسدت المضاربة؛ لجهالة الربح، وللعامل أجرة المثل[١].

٧- إذا اشترط أحد المتعاقدين في المضاربة مقدارًا معينًا من الربح الناتج من عقد المضاربة، كدراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه، فسدت المضاربة؛ لجهالة الربح، وللعامل أجرة المثل[٢].

٨- لو اشترط أحد المتعاقدين في المضاربة أن الربح بينهما، ولم يبين، فسدت المضاربة على أحد الوجهين عند الشافعية[٣].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: المغني ٥/ ٤١.

(٢) انظر: المغني ٥/ ٤١.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٥/ ١٢٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٧١

نص الضابط: الْمُضَارِبَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

- المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة[٢].

صيغ ذات علاقة :

١- كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، وما لا فلا[٣]. (أعم).

٢- الشركة لا تبطل بالشرط الفاسد[٤]. (أعم).

٣- الفاسد من العقود الجائزة لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن[٥]. (تكامل).

---

(١) فتاوى قاضيخان ١٦٣/٣، الذخيرة البرهانية لابن مازه ١٢٦/٦، الإتحاف للزبيدي ٤٦٩/٥، شرح المجلة للأتاسي ٣٣٤/٤.

(٢) تكملة حاشية رد المحتار ٤١٨/٢.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٦٥/٧.

(٥) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٤٧٧/٢.

٤- كل شيء يجوز للمضارب في المضاربة الصحيحة فهو جائز للمضارب في المضاربة الفاسدة[١]. (تكامل).

٥- كل شرط مخالف موجب العقد يفسده[٢]. (قيد).

٦- كل شرط يوجب جهالة الربح يفسد المضاربة[٣]. (قيد).

شرح الضابط :

(الشروط): جمع شَرْط، و(الشَّرْط) في اللغة: إلزام الشيء والتزامه[٤]، و(الشرط) في الاصطلاح: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته[٥].

و(الفساد) لغة: نقيض الصلاح، وفسد العقد: بطل، والفساد: الاضطراب، والخلل، والتلف، والعطب[٦]، والفاسد يرادفه الباطل عند الجمهور، وهو كذلك عند الحنفية في العبادات أما المعاملات ففرقوا فيها بين الفاسد والباطل، فالفاسد عندهم: ما كان مشروعًا بأصله لا بوصفه، والباطل: ما ليس مشروعًا لا بأصله ولا بوصفه[٧].

ويفيد الضابط : أن عقد المضاربة إذا تضمن شرطًا فاسدًا، فإن الشرط

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٩/٤١٠.

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٤/٢٥ وانظر: المبسوط ١٦/٣٦، وانظر قاعدة: «كل شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل» في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: البناية للعيني ٧/٦٦٢، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) انظر: لسان العرب، تاج العروس (شرط).

(٥) انظر: مغني المحتاج ١/١٨٤.

(٦) انظر: القاموس المحيط، المصباح المنير (فسد).

(٧) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٥/١٨٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٠٠، كشاف اصطلاحات الفنون ٥/١١١٢، المدخل الفقهي ٢/٦٨٣.

يلغو ويصح العقد؛ لأن المضاربة تتضمن الوكالة، والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة[١].

ويجدر التنبيه إلى: أن للحنفية والحنابلة تفصيلا في أثر الشروط الفاسدة على عقد المضاربة، وبيان ذلك فيما يلي:

١- **يرى الحنفية**: أن الأصل في الشرط الفاسد إذا دخل هذا العقد أنه إن كان يؤدي إلى جهالة الربح يوجب فساد العقد؛ لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، وإن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة؛ لأن هذا عقد تقف صحته على القبض، فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع إلى المعقود عليه كالهبة والرهن، ولأن المضاربة وكالة، والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة[٢].

٢- يرى الحنابلة أن الشروط الفاسدة في المضاربة ثلاثة أقسام:

أحدها: ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة، أو لا يعزله مدة بعينها، أو لا يبيع إلا ممن اشترى منه، أو برأس المال، أو أقل، فهذه شروط فاسدة؛ لأنها تنافي المقصود من المضاربة وهو الربح، أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل.

الثاني: ما يعود إلى جهالة الربح، مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولا، أو ربح أحد الألفين، أو إحدى السفرتين، فهذه شروط فاسدة؛ لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح، أو إلى فواته بالكلية، ومن شرط المضاربة كون الربح معلومًا.

الثالث: اشتراط ما ليس من مصلحة العقد، ولا من مقتضاه، مثل أن

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٨٦/٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٨٦/٦.

يشترط على المضارب ضمان المال، أو سهمًا من الوضيعة، أو أن يضارب له في مال آخر، فهذه شروط فاسدة.

ومتى اشترط شرطًا فاسدًا يعود إلى جهالة الربح فسدت المضاربة؛ لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأفسد العقد، ولأن الجهالة تمنع من التسليم فتفضي إلى التنازع والاختلاف، ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب.

وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة: فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين أن العقد صحيح؛ لأنه عقد يصح على مجهول؛ فلم تبطله الشروط الفاسدة، كالنكاح والعتاق والطلاق.

ونقل القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى: أنها تفسد العقد[(١)].

أدلة الضابط:

١- قاعدة: «العقود غير اللازمة لا تبطل بالشروط الفاسدة»، وأدلتها؛ لأنها أعم.

٢- لأن المضاربة وكالة، والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة[(٢)].

٣- لأن الشرط الباطل لا يفضي إلى جهالة حصة العامل؛ إذ نصيبه من الربح مقابل بعمله[(٣)].

تطبيقات الضابط:

١- لو شرطا في العقد أن تكون الوضيعة عليهما بطل الشرط، والمضاربة صحيحة؛ لأن الوضيعة جزء هالك من المال؛ فلا يكون إلا على رب

---

(١) انظر: المغني ٥/٧٠ – ٧١، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٨/٦٢ وما بعدها.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/٨٦.

(٣) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٤/٣٣٤.

المال، ولأن المضاربة وكالة لاتبطل بالشروط الفاسدة[١].

٢- لو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو في الرقاب أو لامرأة المضارب؛ صح العقد ولم يصح الشرط، ويكون المشروط لرب المال[٢]؛ لأن الأصل في المضاربة: أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة.

٣- إن شُرط ضمان المال أو بعضه على المضارب؛ فالشرط فاسد والمضاربة صحيحة[٣]؛ لأن الأصل في المضاربة: أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة.

٤- إن قارضه إلى سنة بشرط ألا يبيع ولا يشتري صح القراض وفسد الشرط[٤]؛ لأن الأصل في المضاربة: أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة.

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٨٥-٨٦، شرح المجلة للأتاسي ٤/٣٣٤، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٩/٤٢٠.

(٢) الدر المختار للحصكفي ٤/٤٨٥، ٤٨٨-٤٨٩.

(٣) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٩/٢٩٧.

(٤) انظر: الجامع للشرايع للحلي ١/٣٢١.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٧٢

نص الضابط: حُكْمُ الْمُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ حُكْمُ الإِجَارَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- المضاربة الفاسدة كالإجارة[٢].

٢- المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة[٣].

٣- المضاربة بالشرط الفاسد تصير إجارة فاسدة[٤].

٤- المضاربة إذا فسدت صارت إجارة[٥].

٥- المضاربة الفاسدة تنعقد إجارة[٦].

٦- المضاربة متى فسدت تنعقد إجارة فاسدة[٧].

٧- المضاربة الفاسدة تنقلب للإجارة[٨].

---

(١) العناية للبابرتي ٨/٤٧٥.
(٢) المبسوط للسرخسي ٢٢/١٠١.
(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٠٨.
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٢/٨٩.
(٥) المغني لابن قدامة ٥/٤٣.
(٦) المبسوط للسرخسي ٢٢/٢٢.
(٧) غمز عيون البصائر للحموي ٣/٨٢.
(٨) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٤٢٦.

صيغ ذات علاقة :

١- الفاسد من العقد معتبر بالصحيح في الحكم[١]. (أعم).

٢- ما لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده[٢]. (أعم).

٣- كل شرط يضاد موجب المضاربة فهو مفسد للمضاربة[٣]. (تكامل).

٤- كل شرط يوجب جهالة الربح يفسد المضاربة[٤]. (تكامل).

٥- كل ما جاز للمضارب في المضاربة الصحيحة فهو جائز له في المضاربة الفاسدة[٥]. (تكامل).

٦- كل شرط يوجب قطع الشكة، فهو مفسد للمضاربة، وما لا فلا[٦]. (تكامل).

٧- كل مضاربة فاسدة لا نفقة للمضارب فيها[٧]. (تفرع).

شرح الضابط :

(الإجارة) في اصطلاح الفقهاء : عبارة عن عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة[٨]، وهي بحسب متعلقها تنقسم إلى إجارة على منافع

(١) المبسوط للسرخسي ٢٢/٢٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه».

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٥١٢/٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٥٠/٢٢.

(٤) انظر: البناية للعيني ٦٦٢/٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٥٥/٥، مجمع الضمانات لابن غانم ص ٣٠٤، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٣١١/٢، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) الفتاوى الهندية ٢٩٦/٤.

(٦) انظر: تبيين الحقائق ٥٥/٥-٥٦.

(٧) المبسوط للسرخسي ٦٧/٢٢.

(٨) انظر: حاشية الشلبي ١٠٥/٥.

الأشياء، كاستئجار الدار للسكنى، والدابة للركوب، وإجارة على أعمال الأشخاص، نحو: الإجارة على البناية والخياطة والصباغة والزراعة[١]، والأجير على ضربين: خاص، ومشترك، فـ(الخاص): هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة، يستحق المستأجر نفعه في جميعها، وسمي خاصًّا؛ لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس، و(المشترك): الذي يقع العقد معه على عمل معين في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها، وسمي مشتركًا؛ لأنه يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم، فيشتركون في منفعته واستحقاقها، فسمي مشتركًا لاشتراكهم في منفعته[٢]، والقسم الثاني من الإجارة بضربيه هو المعنى المقصود من لفظة الإجارة الواردة في صيغ الضابط.

والعامل أو المضارب تنخلع عليه عدة أوصاف بحسب مراحل تنفيذ عقد المضاربة، وما يطرأ عليها، فهو بتسلم رأس المال من صاحبه على جهة المضاربة أمين؛ لأنه قبضه بإذن مالكه لا على وجه البدل والوثيقة، وبالتصرف يصير وكيلا؛ لأنه متصرف في ملك صاحبه بأمره، وهذا معنى الوكالة، وبالربح يصير شريكًا؛ لأنه هو المقصود من عقد المضاربة؛ فصار ثبوت الشركة من ضرورة صحتها وصحة الاشتراط، وبالفساد يصير أجيرًا؛ لعدم استحقاقه المسمى في عقد المضاربة، وبالخلاف يصير غاصبًا؛ لوجود التعدي على مال الغير كالغصب؛ وهذا لأن صاحبه لم يرضَ أن يكون في يده إلا على الوجه الذي أمره به، فإذا خالف فقد تعدى؛ فصار غاصبًا فيضمن، وباشتراط كل الربح له يكون مستقرضًا؛ لأنه لا يستحق الربح كله إلا إذا صار رأس المال ملكًا له، وفي هذا الموضع إمَّا أن يحمل دفع المال إليه على أنه هبة أو قرض؛ فيجعل قرضًا لا هبة؛ لما تقتضيه لفظة المضاربة من رد رأس المال، ولأن القرض أدنى التبرعين؛ لأنه يقطع الحق عن العين دون البدل، والهبة تقطع

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ١٧٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٥/ ٣٠٥، وانظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ١٣٣.

عنهما؛ فكان أولى؛ لكونه أقل ضررًا، وباشتراطه لرب المال يصير مستبضعًا[١]؛ لأن المضارب لم يطلب لعمله بدلا، وعمله لا يتقوم إلا بالتسمية؛ فكان وكيلا متبرعًا؛ فهذا هو معنى البضاعة، فكأنه نص عليها[٢].

وهذا الضابط الذي بين أيدينا بيان للأحكام واجبة التطبيق على المضاربة إذا انعقد سبب يوجب فسادها، وكما هو معلوم من الضوابط التي تتناول تلك الأسباب: أن المضاربة تفسد بكل شرط يضاد موجبها، أو يورث جهالة في الربح، أو يقطع عنها معنى الشركة، ومفاد هذا الضابط: أن المضاربة بشرطها وانتفاء مفسداتها نوعُ شركة تخضع لأحكامها، أمَّا إذا فسدت لسبب من الأسباب السابقة ونحوها، فإنها تنقلب إلى عقد إجارة على عمل، ويصير المضارب بمنزلة الأجير يخضع للقواعد والضوابط المقررة شرعًا وعرفًا في باب الإجارة.

والضابط مقرر لدى جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، وبعض المالكية كابن القاسم، إذا كان الفساد في معنى زائد على العقد[٣]، ورواية في مذهب الحنابلة، والزيدية[٤]، والإمامية، والإباضية[٥]، وتقع في مقابلة

(١) المقصود بالإبضاع: بعث مال مع من يتجر فيه متبرعًا. مغني المحتاج ٣/٤٠٣.

(٢) انظر: المبسوط ٢٢/١٩، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٥٢- ٥٣.

(٣) باستثناء تسع مسائل تُرَدُّ فيها المضاربة الفاسدة إلى قراض المثل لا أجرة المثل، وهي: القراض بالعروض، وإلى أجل، وعلى الضمان، والمبهم، وبدين يقتضيه من أجنبي، وعلى شرك في المال، وعلى أنه لا يشتري إلا بالدين فاشترى بالنقد، وعلى أنه لا يشتري إلا سلعة معينة لما لا يكثر وجوده فاشترى غيرها، وعلى أن يشتري عبد فلان بمال القراض ثم يبيعه، ويتجر بثمنه، ولحق بالتسعة عاشرة من غير الفاسد، وهي: إذا اختلفا أي في الربح، وأتيا بما لا يشبه، له قراض المثل. الفروق للقرافي وشروحه ٤/١٥.

(٤) رأي الزيدية في ذلك مقيد بما إذا كان فساد المضاربة أصليًّا، وهو الموجود من حين العقد، نحو: أن يشترط لأحد المتعاقدين قدرًا من الربح، أمَّا في حالة ما إذا كان الفساد طارئًا، نحو: أن يتَّجر المضارب مضيفًا إلى المالك من غير الجنس الذي عينه له ثم أجاز، فإنه يستحق بعد المخالفة الأقل من أجرة المثل ومن حصته من الربح المبينة في عقد المضاربة، هذا إذا حصل ربح، وأمَّا مع عدم الربح فلا يستحق المضارب شيئًا. انظر: التاج المذهب للعنسي ٢/١٦٣.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٢/٦٧، فتح القدير لابن الهمام ٧/١١٠، بدائع الصنائع للكاساني=

هذا القول أقوال أخرى، حاصلها ما يلي:

القول الأول: يرى أن فاسد القراض يرد إلى قراض المثل؛ جريًا على ما هو مقرر في العقود من اعتبار فاسدها بصحيحها في الحكم ما أمكن، وهذا القول محكي في مذهب المالكية مصرح به في كتبهم على أنه مشهور المذهب، فيما رواه أشهب، وحكاه ابن وهب وابن العربي، وقيد ذلك ابن القاسم بما إذا كان الفساد في العقد[(١)]، وقال ابن قدامة يحتمل أن يثبت عند الحنابلة مثل ما حكي عن المالكية، وصحح ذلك ابن القيم وشيخه، وصرحا بأنه هو الأصوب[(٢)].

القول الثاني: يرى أن العامل يستحق الأقل من قراض المثل، والمسمى في عقد المضاربة، وهذا قول محكي عن محمد بن المواز، وبه قال الزيدية في الفساد الطارئ[(٣)].

القول الثالث: يرى أن المضاربة إذا انعقد ما يضاد موجبها ويقطع معناها تكون باطلة، ولا يستحق العامل شيئًا[(٤)].

ولقد أرجع بعض العلماء منشأ الخلاف بين من يرى ردَّ المضاربة إلى قراض المثل، وبين من يرى ردها إلى الإجارة فيجب فيها أجرة المثل، إلى

= ٨٦/٦، المنتقى للباجي ١٦١/٥، الأم للشافعي ٩/٤، مغني المحتاج ٣٩٧/٣، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٨٣/٢، المغني ٤٣/٥، الفروع لابن مفلح ٤٥/٤، ١٤٦، التاج المذهب ١٥١/٣، ١٦٣، الروضة البهية للعاملي ٢١٩/٤، شرائع الإسلام للحلي ١١٥/٢، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٣٢٠/١٠.

(١) انظر: المدونة لمالك ٥٦٨/٣، الفروق للقرافي وشروحه ١٥/٤، المنتقى للباجي ١٦١/٥، حاشية الدسوقي ٥١٩/٣، التاج والإكليل للمواق ٤٣٩/٧، شرح مياره ١٣٤/٢، شرح الخرشي ٢٠٥/٦، ٢٠٦، ٢١٦.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٤٢/٥.

(٣) انظر: الفروق للقرافي ١٥/٤، التاج المذهب للعنسي ١٦٣/٢.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم ٩٧/٧.

قاعدة شرعية مفادها: أنه متى كان الفرع مختصًا بأصل واحد أُجْرِي على ذلك الأصل من غير خلاف، ومتى دار بين أصلين أو أصول يقع الخلاف فيه؛ لتغليب بعض العلماء بعض تلك الأصول على بعض(١)، فمن قال بردِّ المضاربة الفاسدة إلى قراض المثل غلَّب الأصل القاضي بوجوب رد كل أصل فاسد إلى حكم صحيح ذلك الأصل، فيجب في الفاسد من العقود نظير ما يجب في الصحيح منها، كما يجب في النكاح الفاسد مهر المثل، وهو نظير ما يجب في الصحيح، وفي البيع الفاسد إذا فات: ثمن المثل، وفي الإجارة الفاسدة: أجرة المثل، فكذلك يجب في المضاربة الفاسدة ربح المثل، فإن الواجب في صحيحها ليس هو أجرة مسماة فتجب في فاسدها أجرة المثل، بل هو جزء شائع من الربح؛ فيجب في الفاسدة نظيره(٢)، ومن قال بصيرورة المضاربة الفاسدة إجارة وأوجب للعامل فيها أجر المثل - غلَّب أصل ذلك الأصل، وهو أن الواجب في استيفاء المنفعة الأجرة المسماة، وعند التعذر يصار إلى قيمتها، وهو المثل(٣).

وثمة فروق تترتب على تردد الفقهاء في إلحاق المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في الحكم، أو تنزيلها منزلة الإجارة مجهولة الأجرة، وبيان ذلك على النحو التالي:

أولاً: جريًا على القول بأن المضاربة الفاسدة ملحقة بالمضاربة الصحيحة، يكون للعامل قراض المثل في الربح، فإن لم يكن فلا شيء له(٤)، وأمَّا لو قلنا هي في حكم الإجارة؛ فإنه يثبت للعامل أجرة المثل في ذمة صاحب المال، ولا

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ١٩٦/٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق ٤٤٧/٧، الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص٢١١-٢١٢، إعلام الموقعين لابن القيم ٢٩١/١، ٢٩٢.

(٣) انظر: العناية للبابرتي ٢٩٦/١٠، الفروق للقرافي ١٩٦/٢، مغني المحتاج ٤٠٨/٣.

(٤) انظر: منح الجليل لعليش ٣٣٢/٧، بلغة السالك للصاوي ٦٨٧/٣، الطرق الحكمية ص٢١١-٢١٢.

شيء له في الأرباح؛ لأن الربح كله حين الفساد على هذا التقدير يكون للمالك؛ لأنه نماء ملكه، فغنمه وغرمه له وعليه[١]، ويتأكد استحقاق العامل لأجرة المثل بالعمل المربح، باتفاق القائلين بهذا الضابط، واختلفوا فيما دون ذلك على النحو التالي:

أ - يرى بعض الفقهاء أن العامل يستحق أجر المثل بالغًا ما بلغ، وسواء ربح المال أو لم يربح، وممن قال بهذا: جمهور الحنفية، وبعض المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة، والزيدية، والإباضية[٤]؛ لأنها إذا فسدت صارت إجارة، وكان المضارب أجيرًا، وأجرة الأجير تجب بتسليم المنافع، وهذا يحصل في الأجير الخاص بتسليم نفسه؛ لما في ذلك تسليم منافعه، وفي الأجير المشترك بتسليم العمل، وقد وجد ذلك بمباشرة التصرف، فتجب له أجرة المثل ربح، أو لم يربح[٥].

ب - يرى بعض الفقهاء أن العامل إنما يستحق أجر المثل إذا ربح المال، ولا يجاوز به المسمى في عقد المضاربة، وممن قال بهذا: أبو يوسف من الحنفية؛ لأن المضاربة الفاسدة لا تكون أقوى من الصحيحة، ومعلوم أن

---

(١) انظر: الأم للشافعي ٤/٩، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٤٠٨، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/٨٨- ٨٩.

(٢) باستثناء ما لو كان المضارب قد رضي بالعمل من غير عوض، فلا يستحق شيئًا. انظر: المنتقى للباجي ٥/١٦١.

(٣) ذكر الشافعية أن العامل لا يستحق أجرة المثل في القراض الفاسد إلا حيث يستحق المسمى في الصحيح، وهو إنما يستحقه إذا لم يتلف المال في يده بآفة، فإن تلف بها في يده، لم يستحق شيئًا، فكذا العامل في الفاسد. انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٢٥٦.

(٤) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٠٨، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠/٣٢٦ وفيه: «الربح لصاحب المال، وللمضارب عناؤه» التاج المذهب للعنسي ٣/١٦٣.

(٥) انظر: المبسوط ٢٢/٢٢، الجوهرة النيرة ١/٢٩٢، العقود الدرية لابن عابدين ٢/٦٦، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٤٠٨.

المضارب في الصحيحة إذا لم يربح لم يستحق شيئًا، ففي الفاسدة أولى[١].

ج - حكي عن القاضي عبد الوهاب أن: النظر يقتضي أن يرد القراض الفاسد إلى أجرة المثل وإلى قراض المثل جملة من غير تفصيل؛ ذلك لأن الرد إلى قراض المثل يوجب ثبوت نظير المسمى للعامل في الربح، فإن لم يحصل ربح فلا شيء له، وأمَّا رده إلى الإجارة، فبه يثبت للعامل أجرة المثل في الذمة، فتكون مستحقة له وإن لم يحصل ربح، فينظر الأحظ للعامل[٢].

ثانيًا: سواء قلنا: إن المضاربة الفاسدة تردُّ إلى قراض المثل أو إلى الإجارة، فإن العامل لا يضمن على كلا التقديرين؛ لأن قبضه قبض أمانة فيهما، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط[٣]؛ جريًا على قاعدة: «ما كان القبض في صحيحه مضمونًا كان مضمونًا في فاسده، وما لم يكن مضمونًا في صحيحه لم يضمن في فاسده»[٤]، خلافًا لما ورد عن بعض الفقهاء القائلين بانقلاب المضاربة الفاسدة إجارة من تضمين العامل الهلاك لا الخسارة على اعتبار أنه أجير مشترك؛ لأنه لا يستحق الأجر إلا بالعمل؛ بناء على أصلهم في تضمين الأجير المشترك استحسانًا، إلا إذا كان الهلاك بأمر لا يمكن التحرز عنه، وممن قال بهذا: أبو يوسف ومحمد من الحنفية، والزيدية[٥]؛ وعليه فإن العامل يصير ضامنًا بانقلاب المضاربة الفاسدة إلى إجارة فاسدة؛ بناء على أصل ذكره

---

(١) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٩٢.

(٢) انظر: التاج والإكليل ٧/٤٤٨.

(٣) انظر: المغني ٥/٣٠، الفروع ٤/٤٠٣، شرائع الإسلام للحلي ٢/١١٤، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠/٣٢٠.

(٤) المغني لابن قدامة ٥/٤٣، كشاف القناع للبهوتي ٣/٥١٢ وفيه: «ما لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده».

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦/٤٦، العناية للبابرتي ٨/٤٤٩، بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٠٨، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٥٥، الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٩٢، رد المحتار لابن عابدين٣/١٣٥، التاج المذهب للعنسي ٣/١٥١ وفيه: «له أجر المثل، ويضمن، لأنه أجير مشترك».

السرخسي: «المقبوض بحكم إجارة فاسدة في حكم الضمان، كالمقبوض بحكم إجارة صحيحة»[١].

ثالثًا: ما ينفقه العامل على نفسه في المضاربة الفاسدة، فهو من ماله لا من مال المضاربة؛ جريًا على القول بصيرورة المضاربة الفاسدة إجارة؛ لأنه بعد فساد المضاربة يصير المضارب بمنزلة الأجير، بدليل أنه يستحق أجر المثل بالعمل لا المسمى في عقد المضاربة، والمقرر أن الإجارة الفاسدة معتبرة بالصحيحة، فكما أن في الإجارة الصحيحة لا يستوجب النفقة على المال؛ لأنه استوجب بدلا مضمونًا بمقابلة عمله، فكذلك في الإجارة الفاسدة، فإن أنفق على نفسه من المال حسب من أجر مثل عمله، وأُخذ بما زاد عليه إن كان أنفق أكثر من أجر المثل؛ لأنه بمنزلة صاحب دين ظفر بجنس حقه من مال مديونه، وأخذ أكثر من حقه، وفي هذا يلزمه رد الزيادة[٢]، بخلاف ما لو أجرينا ذلك على القول بأن المضاربة الفاسدة تلحق بالصحيحة؛ فإن النفقة تكون من رأس المال.

رابعًا: جريًا على القول بأن المضاربة إذا فسدت تردُّ إلى قراض المثل، فإن العامل فيما يستحقه من مال المضاربة يقدم فيه على غيره من دائني صاحب المال، وأمَّا جريًا على القول بأنها كالإجارة؛ فإن العامل يحاصص بأجرة مثله بقية الغرماء[٣].

وهذا الضابط بالاعتبارات المذكورة، والاختلافات المعروضة، معمول بمقتضاه لدى الفقهاء، حاضر فيما ساقوه من تطبيقات تتعلق بما فسد من المضاربات.

---

(١) المبسوط للسرخسي ٤٦/١٦.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٦٧/٢٢، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣٣٤/٢، الفتاوى الهندية ٣١٤/٤.

(٣) انظر: الفروق للقرافي وشروحه ١٥/٤.

أدلة الضابط :

أن عمل المضارب إنما كان في مقابلة المسمى، فإذا لم تصح التسمية لفساد المضاربة؛ وجب رد عمله إليه؛ لأنه لم يعمل إلا ليأخذ عوضه، وذلك متعذر لفساد المضاربة؛ فوجب له قيمته، وهي أجر مثله، كالبيع الفاسد، والربح كله لرب المال؛ لأنه نماء ماله، والعامل إنما يستحق بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط؛ فلم يستحق شيئًا من الربح[1].

تطبيقات الضابط :

١- إذا دفع الرجل إلى الرجل مالا قراضًا، وأبضع منه بضاعة، فإن كان عقَد القِرَاض على أنه يحمل له البضاعة، فالقراض فاسد؛ يُفسخ إن لم يعمل فيه، فإن عمل فيه فله أجر مثله، والربح لصاحب المال؛ لأن المضاربة إذا فسدت صارت إجارة فاسدة[2]، والإجارة الفاسدة توجب أجرة المثل.

٢- إذا دفع شخص إلى آخر مبلغًا من المال مضاربة، واشترط لنفسه الربح كله، أو أطلق العقد فيما يتعلق بتوزيع الربح، فسدت المضاربة لهذا الشرط القاطع لمعنى الشركة، وللمالك الربح كله، ووجب للعامل فيما عمل أجر مثله[3]؛ لأن المضاربة الفاسدة كالإجارة.

٣- لو قال صاحب المال للمضارب: لك ثلث الربح أو سدسه، ولم يَبُتّ بأحدهما؛ كانت المضاربة فاسدة بسبب جهالة الربح، وللعامل لقاء

---

(١) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/٥٥، أسنى المطالب ٢/٣٨٤، مغني المحتاج ٣/٤٠٨، كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٠٨، مطالب أولي النهى ٣/٥١٧.

(٢) انظر: الأم ٤/٩.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٢/٢٥، أسنى المطالب ٢/١٧٠، ٣٨٣، القواعد لابن رجب ص ٤٨.

عمله أجرة المثل؛ لأن المضاربة الفاسدة تنعقد إجارة[١].

٤- لو دفع شخص إلى آخر مالا مضاربة، واتفقا على أن للمضارب مثل ما شرط فلان لفلان من الربح، ولم يكن ذلك معلومًا عندهما وقت العقد، فالمضاربة فاسدة، ويجب للعامل فيما عمله أجر المثل[٢]؛ لأن المضاربة إذا فسدت صارت إجارة.

٥- إذا انفق المضارب على نفسه من المال في المضاربة الفاسدة، فإن نفقته على نفسه لا على صاحب المال، وتحسب مما تقرر له من أجرة المثل، وأخذ بما زاد عليه إن كان أنفق أكثر من أجر المثل[٣]؛ لأن المضاربة الفاسدة كالإجارة، ونفقة الأجير على نفسه تكون من ماله.

٦- إذا ضارب شخص آخر في الدين الذي عليه له من غير قبض له، ولا أمر بقبضه للمضاربة، فهي مضاربة فاسدة - إذا قلنا إن القبض الحقيقي شرط فيها - تنقلب إجارة فاسدة، للعامل فيها أجرة المثل؛ لقاء ما باشره من أعمال[٤].

٧- إذا شرط لأحد المتعاقدين في عقد المضاربة مبلغًا معينًا من المال، أو اشترط لأحدهما مبلغًا معينًا فوق حصته المعلومة المشاعة من الربح، فإن المضاربة تفسد بهذا الشرط القاطع لمعنى الشركة، والربح كله يكون لصاحب المال، وللعامل فيما عمل أجر مثله[٥]؛ لأن المضاربة متى فسدت صارت إجارة.

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: المبسوط ٢٢/٢٥.

(٢) انظر: الفروق للكرابيسي ٢/٢٧٢.

(٣) انظر: مجمع الأنهر ٢/٣٣٤، الفتاوى الهندية ٤/٣١٤.

(٤) انظر: التاج المذهب ٣/١٥١.

(٥) انظر: مجمع الضمانات لابن غانم٢/٦٥١، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر٣/٤٣٧.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٧٣

نص الضابط: كُلُّ مَا تَبْطُلُ بِهِ الوَكَالَةُ تَبْطُلُ بِهِ المُضَارَبَةُ[١].

صيغ ذات علاقة:

- عقد المضاربة بمنزلة الوكالة الخاصة[٢]. (أصل).

شرح الضابط:

هذا الضابط في باب المضاربة، يبرز وجهًا مهمًّا من أوجه الارتباط والاشتراك بين عقدي الوكالة والمضاربة، وهو متفق عليه بين فقهاء المذاهب، على اختلاف بينهم في بعض المسائل المتفرعة، كما سيأتي بيانه لاحقًا.

و(الوكالة): تفويض أحد في شغل لآخر، وإقامته مقامه في ذلك الشغل، ويقال لذلك الشخص: (موكِّل)، ولمن أقامه نائباً عنه: (وكيل)، ولذلك الأمر: (موكل به)[٣].

و(المضاربة): نوع شركة على أن يكون رأس المال من طرف، والسعي والعمل من الطرف الآخر، ويدعى صاحب المال رب المال، والعامل مضاربًا[٤].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٦/١١٢.

(٢) حاشية الشلبي ٥/٦٦.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٤٩٢.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤٢٥.

وهذان العقدان (الوكالة والمضاربة) من العقود الجائزة[١]، بمعنى: أن كل واحد من المتعاقدين له الحق في أن يستقل بفسخ العقد، دون الرجوع إلى الطرف الآخر[٢].

وحقيقة المضاربة في الابتداء أنها عقد وكالة، فكأن صاحب المال وكَّلَ المضارب بالعمل[٣]، أي أن عقد المضاربة في ابتدائه عقد وكالة، وأما في انتهائه وبعد شروع المضارب في العمل، فهي إما شركة[٤]، وإما جعالة[٥]، ولكل واحد من الأمرين أحكامه الخاصة.

فالضابط يوضح ما يرتبط بالأمر الأول، وهو أن المضاربة في الأصل عقد وكالة، وبالتالي فإن كل ما تبطل به الوكالة من أمور، فإنها تكون أيضًا مبطلة لعقد المضاربة، مع اختلاف الفقهاء في بعض فروع الضابط وتطبيقاته.

ومن أهم ما تبطل به المضاربة لبطلان الوكالة به: العزل، والموت، والجنون المطبق، والعجز، والحجر، وتصرف الشخص في الشيء بالأصالة عن نفسه لنفسه، وهلاك المعقود عليه.

أدلة الضابط:

لأن المضاربة وكالة، أوفي معنى الوكالة؛ فهي تشتمل على الوكالة، ومبنية عليها، وبناء على ذلك: فالمضاربة في حكمها[٦]، فما تبطل به الوكالة

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣/٤٣٧، المنثور للزركشي ٢/٣٩٨-٣٩٩، المغني لابن قدامة ٤/٢٤.

(٢) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٣/٤٣٧، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٤١٥.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٢/٥٣، بدائع الصنائع ٦/٥٨، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/٢٧٤.

(٤) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/٢٧٤، مغني المحتاج ٣/٤١٥.

(٥) انظر: مغني المحتاج ٣/٤١٥.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٦/١١٢، تبيين الحقائق ٥/٦٦، العناية في شرح الهداية للبابرتي ٨/٤٤٦، الدر المختار للحصكفي ٥/٦٥٥، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/٢٧٤، المغني ٥/٣٠، الإنصاف للمرداوي ٥/٤٢٧، شرائع الإسلام للحلي ٢/١١١.

تبطل به المضاربة؛ إذ الوكالة هي أصل المضاربة، والمضاربة هي الفرع، ومعلوم أنه إذا بطل الأصل؛ فإن الفرع المبني عليه يبطل كذلك.

تطبيقات الضابط :

١- لو عزل صاحب المال المضارب عن العمل في المضاربة بطلت المضاربة، كبطلان الوكالة بعزل الوكيل للموكل[1]؛ لأن كل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة.

٢- لو نهى صاحب المال المضارب عن التصرف، بطلت المضاربة، كبطلان الوكالة بنهي الموكل الوكيل عن التصرف في الموكل به[2]؛ لأن كل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة.

٣- لو مات صاحب المال في المضاربة، بطلت المضاربة، كبطلان الوكالة بموت الموكل[3]، وكذلك تبطل المضاربة بموت المضارب، كبطلان الوكالة بموت الوكيل؛ لأن الموت مبطل لأهلية التصرف[4]، وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة.

---

(١) ويشترط لجعل العزل سببًا لذلك: علم المأمور بالعزل أو النهي عن التصرف، وأن يكون رأس المال عينًا. انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٧، ١١٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٧.

(٣) وقيد المالكية ذلك بعلم المضارب بموت صاحب المال. انظر: الهداية للمرغيناني ٥/٢٢٩-٢٣٠ مطبوع مع نصب الراية، بدائع الصنائع ٦/٣٨، العناية ٨/٤٦٦-٤٦٧، الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٩٥، ٢٩٦، البحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٦٧، مجمع الأنهر لشيخي زادة ٣/٣٣٠، ٣٣١، الدر المختار ٥/٦٥٤، نهاية المحتاج للرملي ٥/٢٣٧، كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٢٢، المدونة للإمام مالك ٥/١٣٠، المحلى لابن حزم ٧/٩٤، ٩٩، التاج المذهب للعنسي ٣/١٦٤، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠/٣٥١، شرائع الإسلام ٢/١١١.

(٤) بدائع الصنائع ٦/٣٨، ١١٢، حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣/٥٣٦، نهاية المحتاج ٥/٢٣٧، كشاف القناع ٣/٥٢٢، التاج المذهب ٣/١٦٤، شرائع الإسلام ٢/١١١.

٤- لو جنَّ صاحب المال في المضاربة جنونًا مطبقًا بطلت المضاربة، كما تبطل الوكالة بجنون الموكل؛ لأن الجنون يبطل أهلية الآمر للأمر، وأهلية التصرف للمأمور، وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة[1].

٥- تبطل المضاربة بالحجر على صاحب المال، وكذلك بالحجر على المضارب كبطلان الوكالة بالحجر على الموكل أو الوكيل[2]؛ لأن ما يبطل الوكالة يبطل المضاربة.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: الإنصاف ٦/٢٧٤، البحر الرائق ٧/١٨٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٨، ١١٢، كشاف القناع ٣/٥٢٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٧٤

نص الضابط: القِرَاضُ لا يُسْتَحَقُّ إلَّا بِتَمامِ العَمَلِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

- القراض لا يستحق فيه شيء إلا بالتمام[(٢)].

صيغ ذات علاقة:

١- يثبت ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة[(٣)]. (بتصرف) مخالفة.

٢- ما كان على وجه الجعل فلا أجر له إلا بتمامه[(٤)]. (معللة).

شرح الضابط:

(القراض): (المضاربة): سبق تعريفه في اصطلاح الفقهاء من أنه: إجارة على التَّجر في مال بجزء من ربحه، وهو من العقود التي لا تلزم بالقول، بل بالفعل[(٥)].

---

(١) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/٢٤١، حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣/٥٢٦، ٥٣٦.
(٢) الذخيرة للقرافي ٦/٥٧.
(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٣.
(٤) المنتقى للباجي ٦/٧٧.
(٥) شرح ميارة ٢/١٢٨- ١٢٩.

وهذا الضابط يتعلق بوقت استحقاق العامل في المضاربة لحصته المتفق عليها في الربح، وقد قرر فقهاء المذاهب باتفاق: أن المضارب لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى صاحبه، فإذا كان في المال خسارة وربح، جبرت الخسارة من الربح، سواء كانت الخسارة والربح في مرة واحدة، أو كانت الخسارة في صفقة، والربح في أخرى، أو كان أحدهما في سفرة والآخر في أخرى؛ لأن معنى الربح هو المال الزائد عن رأس المال(١).

إلا أن الفقهاء اختلفوا في ثبوت ملك المضارب لحصته بمجرد ظهور الربح، قبل اقتسامه بينه وبين صاحب المال:

فذهب المالكية، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، إلى أن المضارب لا يثبت له ملك شيء من الربح إلا بعد قسمته، وانتهاء العمل في المضاربة(٢)، وصياغة الضابط جاءت من قبل فقهاء المالكية، ووافقهم غيرهم على معناه والعمل به.

وذهب الحنفية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، والإباضية: إلى أن المضارب يثبت له امتلاك نصيبه من الربح بمجرد ظهوره قبل القسمة(٣).

أدلة الضابط:

١- لأن القراض عقد جائز، ولا ضبط للعمل فيه؛ فلا يملك العوض إلا بتمام العمل كالجعالة(٤).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٠٧، المغني ٥/٣٣، الإنصاف للمرداوي ٥/٤٤٣، المحلى لابن حزم ٧/٩٨.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ٦/٥٧، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٨٨، المغني ٥/٣٣.

(٣) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/٧٥، المغني ٥/٣٣، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٥٢٩، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٠، الروضة البهية للعاملي٤/٢٢٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠/٣٣٤.

(٤) انظر: أسنى المطالب ٢/٣٨٨، حاشية الجمل ٣/٥٢٠.

٢- ولأن المضارب لو ملك الربح بمجرد ظهوره؛ لكان شريكًا في المال، فإذا حصلت خسارة كان المضارب شريكًا فيها، وليس الأمر كذلك، فلما انحصر اشتراك المضارب مع صاحب المال في الربح فقط دون الخسارة؛ دل ذلك على عدم امتلاكه الربح بمجرد ظهوره[١].

تطبيقات الضابط :

١- إذا دفع المضارب مال المضاربة لغيره يعمل فيه بغير إذن صاحب المال، فإنه يضمن لتعديه، والربح الناتج عن المضاربة يكون بين العامل الثاني وصاحب المال، ولا ربح للعامل الأول؛ لأن المضاربة جعل لا يستحق إلا بتمام العمل، والعامل الأول لم يعمل؛ فلا ربح له[٢].

٢- المضارب إذا مات قبل تنضيض المال[٣]، فلوارثه الأمين أن يكمل عمله على ما اتفق عليه مورثه، وأما إن لم يكن أمينًا فعليه أن يأتي بأمين كالأول في أنه ثقة يكمل عمل المضارب، فإن لم يأتِ الوارث بأمين فإنه يسلم المال لصاحبه من غير ربح؛ لأن المضاربة كالجعل لا يستحق إلا بتمام العمل[٤].

٣- لا ينعقد حول الزكاة على حصة المضارب من الربح قبل قسمة الربح[٥]؛ لأن المضاربة كالجعل لا يستحق إلا بتمام العمل.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: أسنى المطالب ٢/٣٨٨.

(٢) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/٢١٤.

(٣) بمعنى: أن يصير المال كما أخذه العامل انظر: مطالب أولي النهى ٣/٥٢٩.

(٤) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/٢٢٣، حاشية الدسوقي ٣/٥٣٦.

(٥) انظر: قواعد ابن رجب ص ٣٩٢.



ضوابط باب القسمة



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٧٥

نص الضابط: القِسْمَةُ إِنَّمَا تَصِحُّ فِي الأَعْيَانِ دُونَ الذِّمَمِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- القسمة في الأعيان تكون، لا في الديون[(٢)].

٢- القسمة لا تكون إلا في الأعيان[(٣)].

٣- ما في الذمة لا تصح قسمته[(٤)].

٤- لا تجرى القسمة في الديون[(٥)].

صيغ ذات علاقة:

١- الأصل أن القسمة الفاسدة تفيد الملك بالقبض[(٦)]. (عموم وخصوص)

---

(١) الحاوي للماوردي ٦/٤٨٤.

(٢) المحيط البرهاني لابن مازه ٥/٥٨٩.

(٣) عون المعبود للعظيم آبادي ٩/٣٦٤.

(٤) ذخيرة الناظر للطوري ١/١٣١/ب، ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/١٠٢٢، غمز عيون البصائر للحموي ٤/١١وبلفظ آخر: «قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح» حاشية الشلبي ٥/٤٥، تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/١٨٠، درر الحكام للملا خسرو ٢/٤٠٢.

(٥) مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢/٢١١ وبألفاظ أخر: «لا يجوز قسمة الدَّين في الذمم» الكافي في فقه الإمام أحمد ٢/٢٨٥، «قسمة الدَّين قبل قبضه لا تجوز» رد المحتار لابن عابدين ٥/٣٠١.

(٦) انظر: مجمع الضمانات ٢/٨٢٥، زواهر الجواهر للتمرتاشي الابن ١/٢١٣/أ.

٢- القسمة هل هي إفراز أو بيع؟[١]. (عموم وخصوص).

شرح الضابط:

(القسمة) تطلق في اللغة على الحصة والنصيب[٢]، ومعناها: إفراز النصيبين أو الأنصباء[٣]، والمراد بها في اصطلاح الفقهاء: إفراز بعض الأنصباء عن بعض، ومبادلة بعض ببعض[٤]، والمقصود منها: تمييز الحقوق وتعديل الأنصباء[٥]، وسببها: طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص، وركنها: الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء، كالكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، والذرع - أي القياس - في المذروعات، والعدِّ في المعدودات، وشرطها: أن لا تفوت المنفعة بالقسمة؛ ولهذا لا يقسم الحائط والحمام والدابة، وما أشبه ذلك مما لا يقبل التجزئة قسمة أعيان[٦].

و(الأعيان): جمع عين، والمراد بها هنا: ما قابل الدَّين والمنفعة، وهي نوعان: عقار، وهو الأرض، سواء أكانت: زراعية أم غير زراعية، ومنقول، وهو ما عدا الأرض، كالثياب والأواني والحيوانات والمزروعات[٧].

والضابط الذي بين أيدينا ضابط مهم في بيان ما تجري فيه القسمة، وما لا تجري فيه، وحاصل ما يقرره أمران:

الأمر الأول: إذا كان محل القسمة عينًا من الأعيان، وهو ما يسمى

---

(١) القواعد لابن رجب ص ٤١٢، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «القسمة بيع أو إفراز؟».

(٢) المصباح المنير للفيومي ص ٥٠٣.

(٣) طلبة الطلبة للنسفي ص ١٢٠، ١٢١.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٧/٧.

(٥) الجوهرة النيرة للعبادي ٢٤٦/٢.

(٦) فتح القدير لابن الهمام ٤٢٦/٩.

(٧) انظر: رد المحتار ١٦٩/٥، المجلة العدلية م/١١٦٣، مجمع الأنهر ٤٢٠/٢.

بالمحل الحسي، سواء كان منتقلا، كأنواع الغلال من القمح والأرز وغيرهما، وكالمعادن من الذهب والفضة والحديد... إلخ، وكالسوائل، من السمن والزيت والعسل وغير ذلك، أو كان غير منتقل كالأرض والدار، فلا خلاف بين الفقهاء في جواز جريان القسمة فيه(١).

وصحة جريان القسمة في الأعيان مشروط بأن لا تفوت المنفعة بها، فلا تجري قسمة في العين المشتركة التي يضر تفريقها وتبعيضها بكل واحد من الشركاء، كالطاحونة إذا قسمت يفوت الانتفاع بها في الغرض المقصودة منها(٢)؛ وحينئذ يعدل إلى قسمة بدلها، وهو القيمة(٣).

الأمر الثاني: إذا كان محلُّ القسمة شيئًا في الذمة، وهو ما يسمى بالدين الحكمي، فالذي عليه أكثر الفقهاء عدم جواز جريان القسمة فيه، سواء كان في ذمة شخص واحد، أو في ذمم عدة أشخاص؛ لأن القسمة إفراز، ولا يمكن إلا في عين خارجية محسوسة، والدين وصف اعتباري غير محسوس لا تتصور فيه القسمة(٤)، وخالف بعض الفقهاء في ذلك إلى أقوال منها:

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٤٣٥/٩، بدائع الصنائع للكاساني ١٧/٧- ١٨، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣١٨/٢، حاشية الشلبي ١٦٠/٤، درر الحكام للملا خسرو ٣٠٠/٢، الفتاوى الهندية ٢١٦/٦، شرح مختصر خليل للخرشي ١٨٨/٦، مغني المحتاج ٤١٨/٤، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٣٤/٤، المغني لابن قدامة ٤٩/٥، كشاف القناع للبهوتي ٣٧٧/٦، القواعد لابن رجب ص ٤١٥، المحلى ٤١٩/٦ وفيه: «القسمة جائزة في كل حق مشترك إذا أمكن وعلى حسب ما يمكن»، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤٨٣/١٠، ٥٢٢ وفيه: «كل ما يجوز بيعه تجوز قسمته وما لا يجوز بيعه لا تجوز قسمته»، البحر الزخار لابن المرتضى ١٠٤/٥، الروضة البهية ١٨/٤ وما بعدها، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤٨٣/١٠، ٥٢٢.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١٤٢/٣.

(٣) القواعد لابن رجب ص ١٦١.

(٤) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢١٩/٧، بدائع الصنائع للكاساني ١٧/٧- ١٨، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣١٨/٢، تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ١٨٠/٢، درر الحكام لعلي حيدر ٧٥٧/١، شرح مختصر خليل للخرشي ١٨٨/٦، المهذب ١١١/٢، مغني المحتاج ٤١٨/٤، القواعد لابن رجب ص ٤١٥، المحلى ٤١٩/٦، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤٨٣/١٠، ٥٢٢، البحر الزخار لابن المرتضى ١٠٤/٥، شرائع الإسلام ١٠٨/٢.

١- في رواية حرب عن أحمد - على خلاف المشهور في المذهب - أنه يجوز قسمة الدَّين مطلقًا، سواء كان في ذمة واحدة أو ذمم متعددة[(١)]، وهذا ما اختاره ابن تيمية[(٢)]، وتبعه فيه تلميذه ابن القيم، فذكر في إعلام الموقعين ما نصه: «تجوز قسمة الدين المشترك بميراث، أو عقد، أو إتلاف، فينفرد كل من الشريكين بحصته، ويختص بما قبضه، سواء كان في ذمة واحدة أو في ذمم متعددة؛ فإن الحق لهما، فيجوز أن يتفقا على قسمته، أو على بقائه مشتركا، ولا محذور في ذلك، بل هذه أولى بالجواز من قسمة المنافع بالمهايأة - أي المناوبة - بالزمان أو بالمكان، والدَّين في الذمة يقوم مقام العين؛ ولهذا تصح المعاوضة عليه من الغريم وغيره، وتجب على صاحبه زكاته إذا تمكن من قبضه، ويجب عليه الإنفاق على أهله وولده ورقيقه منه، ولا يعد فقيرًا معدمًا، فاقتسامه يجري مجرى اقتسام الأعيان والمنافع، فإذا رضي كل من الشريكين أن يختص بما يخصه من الدين فينفرد هذا برجل يطالبه، وهذا برجل يطالبه، أو ينفرد هذا بالمطالبة بحصته، وهذا بالمطالبة بحصته، لم يهدما بذلك قاعدة من قواعد الشريعة، ولا استحلا ما حرم الله، ولا خالفا نص كتاب الله، ولا سنة رسوله، ولا قول صاحب، ولا قياسًا شهد له الشرع بالاعتبار، وغاية ما يقدر عدم تكافؤ الذمم، ووقوع التفاوت فيها، وأن ما في الذمة لم يتعين؛ فلا يمكن قسمته، وهذا لا يمنع تراضيهما بالقسمة مع التفاوت؛ فإن الحق لا يعدوهما، وعدم تعين ما في الذمة لا يمنع القسمة؛ فإنه يتعين تقديرًا، ويكفي في إمكان القسمة التعين بوجه؛ فهو معين تقديرًا، ويتعين بالقبض تحقيقًا وأما قول أبي الوفاء بن عقيل: «لا تختلف الرواية عن أحمد في عدم جواز قسمة

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٤٩.

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٠٣.

الدَّين في الذمة الواحدة، واختلفت الرواية عنه في جواز قسمته إذا كان في الذمتين، فعنه فيه روايتان»، فليس كذلك، بل عنه في كل من الصورتين روايتان، وليس في أصوله ما يمنع جواز القسمة، كما ليس في أصول الشريعة ما يمنعها؛ وعلى هذا فلا يحتاج إلى حيلة على الجواز، وأما من منع من القسمة فقد تشتد الحاجة إليها، فيحتاج إلى التحيل عليها، فالحيلة أن يأذن لشريكه أن يقبض من الغريم ما يخصه، فإذا فعل لم يكن لشريكه أن يخاصمه فيه بعد الإذن»[1].

٢- يرى أبو يوسف من الحنفية أنه يجوز قسمة الدَّين في ذمم الغرماء صلحًا لا بيعًا، فإذا صالح أحد الشريكين على حصته التي في الذمة جاز؛ لأن الصلح مبناه على الحط والإغماط والمسامحة، بخلاف البيع مبناه على المشاحة والمماكسة[2]، ويرى بعضهم - أيضًا - جواز قسمة الدَّين قبل القبض، وذلك بوصف أحد النصيبين بالحلول والآخر بالتأجيل؛ لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بالوصف[3].

٣- قال ابن حبيب من المالكية: يجوز قسمة الدَّين إذا كان على رجل واحد، ولو كان الغريم غائبًا؛ لأنه لا غرر فيه[4].

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ۖ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ﴾[القمر: ٢٨]، وجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر صالحًا - عليه الصلاة والسلام - أن يُعْلِم قومه بوجوب قسمة الماء بينهم وبين الناقة، والماء عين من الأعيان؛ فدل على مشروعية جريان القسمة في الأعيان.

---

(١) إعلام الموقعين ٣/٤.

(٢) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣١٨/٢، درر الحكام للملا خسرو ٤٠٢/٢.

(٣) انظر: العناية للبابرتي ٤٣٦/٨.

(٤) شرح الخرشي ١٨٨/٦.

٢- تقسيم النبي ﷺ غنائم خيبر وحنين بين الغانمين[١]، والغنائم كانت أعيانًا لا ديونًا؛ فدلَّ على مشروعية القسمة في الأعيان.

٣- إنما جازت القسمة في العين دون الدَّين؛ لأن القسمة عبارة عن الإفراز والحيازة، وهو أن يصير حق كل واحد من الشريكين أو الشركاء مفرزًا في حيز على حدة، وهذا لا يتصور في غير العين؛ لأن الفعل الحسي يستدعي محلًّا حسيًّا، والدَّين حكمي؛ فلا يرد عليه الفعل الحسي[٢].

تطبيقات الضابط :

١- تصح القسمة في الأراضي والدُّور والدكاكين والضِّياع، وفي جميع القيميات، كالأواني المصنوعة باليد[٣]؛ لأنها أعيان، والقسمة تجري في الأعيان.

٢- تصح القسمة في الموزونات، كاللحم والفاكهة والحبوب والقطن والصوف والنحاس والحديد والورق والفحم، وتصح في العدديات المتقاربة، كالجوز والبيض؛ لأنها أعيان، والقسمة تجري في الأعيان.

٣- تجوز القسمة في العدديات القيمية التي يوجد بين أفرادها تفاوت في القيمة، كالحيوانات من الإبل والبقر والغنم، وتصح في الذرعيات

---

(١) حديث تقسيم النبي ﷺ لغنائم خيبر ورد في أحاديث متعددة، منها: عن زيد بن أسلم عن أبيه قال قال عمر، رضي الله عنه، قال: «لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي ﷺ خيبر» رواه البخاري في ١٣٤/٨ (٣١٢٥).
وحديث تقسيم النبي لغنائم حنين جاء من حديث عبد الله بن زيد: أن رسول الله لما فتح حنينًا قسم الغنائم، فأعطى المؤلفة قلوبهم. الحديث.
رواه البخاري ٣٩٤/١٠ (٤٣٣٠)، ومسلم ١٠٨/٣ (٢٤٩٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٣٨/٢١، بدائع الصنائع للكاساني ٦٥/٦، تبيين الحقائق للزيلعي ١٦٠/٤.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١٠٥/٣.

المثلية، كالجوخ من جنس واحد، والقماش من مصنوعات المعامل التي لا يوجد تفاوت بين أفرادها[١]؛ لأنها أعيان، والقسمة تجري في الأعيان.

٤- تصح القسمة في اللؤلؤ والجواهر والألماس[٢]؛ لأنها عين، وقسمة الأعيان صحيحة.

٥- إذا كان للمتوفَّى ديون في ذمم أشخاص متعددين، واقتسمها الورثة على أن ما في ذمة فلان من الدين لفلان الوارث، وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث، لا يصح ذلك عند جمهور الفقهاء؛ لأن القسمة لا تجري على ما في الذمم قبل القبض، لكن لو اقتُسمت بعد قبضها صحت القسمة؛ لأن المقبوض أصبح عينًا[٣].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/١٠٥، بدائع الصنائع ٧/٢١.
(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/١٠٦- ١٠٧.
(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/١١١- ١١٢.



رقم القاعدة/الضابط: ١٣٧٦

نص الضابط: القِسْمَةُ بَيْعٌ أَوْ إِفْرَازٌ؟[١].

صيغ أخرى للضابط:

أ- صيغ أخرى للشطر الأول:

١- القسمة بيع من البيوع[٢].

٢- قسمة الأجزاء بيع[٣].

٣- قسمة الرد بيع[٤].

٤- قسمة التعديل بيع[٥].

٥- قسمة المراضاة بيع[٦].

---

(١) نهاية المحتاج للرملي ٥/٢٦٠، ٤١٨.
انظر: الذخيرة للقرافي٦/٢٤٧، مواهب الجليل للحطاب ٦/١٩، أدب القاضي للماوردي ٢/٢١١، ٢١٥، قواعد ابن رجب ص ٤١٢، تصحيح الفروع للمرداوي ٤/٥١١.

(٢) انظر: فتاوى قاضيخان ٣/١٥٩، التجريد للقدوري ٤/٤٨٥، المبسوط للسرخسي ١٥/٦٦، الكافي لابن عبد البر ١/٤٤٩- ٤٥٠، البهجة للتسولي ٢/١٣٢، ١٣٦، ١٤١- ١٤٢، ٢٦١، ٢٧٠، معين الحكام لابن عبد الرفيع ٢/٥٩٨، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٥١، نهاية المحتاج ٤/٩٦، البيان للعمراني ٣/٢٤٢، ٢٥٤.

(٣) نهاية المحتاج ٨/٢٨٩.

(٤) انظر: نهاية المحتاج ٨/٢٨٩- ٢٩٠- ٢٩١.

(٥) نهاية المحتاج ٨/٢٨٩، ٢٩١.

(٦) البهجة للتسولي ٢/١٣٣.

٦- قسمة القرعة بيع[١].

٧- ما لا يكال ولا يوزن القسمة فيه مبادلة كالبيع[٢].

ب- صيغ أخرى للشطر الثاني :

١- القسمة إفراز لا بيع[٣].

٢- قسمة الأجزاء إفراز لا بيع[٤].

٣- قسمة القرعة تمييز حق[٥].

٤- القسمة فيما لا تفاوت في آحاده إفراز وتعيين[٦].

٥- القسمة من جهة إفراز، ومن جهة مبادلة، غير أن جهة الإفراز في المثليات راجحة[٧].

٦- قسمة المكيل والموزون إفراز، ومعنى المبادلة فيه تابع[٨].

شرح الضابط :

هذا الضابط هو عمدة كتاب القسمة؛ إذ ينبني على تكييف القسمة هل هي

---

(١) البهجة للتسولي ١٣٢/٢.

(٢) حاشية الشلبي ٤٣٢/٧.

(٣) انظر: التجريد للقدوري ١٣٥٢/٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٥٠/٥، الذخيرة للقرافي ٣٣٩/٦، معين الحكام لابن عبد الرفيع ٥٩٨/٢، البيان ٢٤٢/٣، نهاية المحتاج ٢٨٨/٨، زاد المعاد لابن القيم ١٣٧/٣، المحلى لابن حزم ١٣٣/٨.

(٤) انظر: نهاية المحتاج ٢٨٧/٨- ٢٨٨- ٢٨٩، ٢٩١.

(٥) البهجة للتسولي ١٣٠/٢، ١٣١.

(٦) البناية للعيني ٧٣٨/٧.

(٧) شرح المجلة للأتاسي ٥٢/٤.

(٨) حاشية الشلبي ٤٣٢/٧.

بيع، يعني: مبادلة مال بمال، أو إفراز، يعني: عزل للشيء عن غيره وتمييزه فقط[(١)]؟

وقد سبق أن القسمة: تمييز الحصص بعضها من بعض[(٢)]، وبعبارة أسهل: عزل أنصباء الشركاء في الشيء المشترك، بحيث يصير نصيب كل شريك معلومًا معينًا.

وفي تكييف القسمة اتجاهان لفقهاء المذاهب:

الاتجاه الأول: يرى أن تكييف القسمة تابع لأنواعها، فكل نوع من أنواع القسمة له تكييفه الخاص به، وإليه ذهب جمهور الفقهاء، من المذاهب الأربعة، والزيدية، والإباضية[(٣)].

الاتجاه الثاني: يرى تكييف القسمة مطلقًا، بغض النظر عن أنواعها، وإليه ذهب الظاهرية، والإمامية[(٤)].

وسوف نتعرض لهذين الاتجاهين - بما يتماشى مع نص الضابط - في نقطتين: القسمة أو أحد أفرادها بيع، والقسمة أو أحد أفرادها إفراز.

أولاً: القسمة أو أحد أفرادها بيع:

بداية لا بد من الإشارة إلى: أنه وردت بعض الصيغ للضابط مطلقة هكذا:

---

(١) انظر: طلبة الطلبة للنسفي ص ١٠٨، المغرب للمطرزي ص ٣٥٦، لسان العرب لابن منظور مادة (فرز).

(٢) انظر: حاشية القليوبي على شرح المحلي على المنهاج ٣١٥/٤ قال: وظاهره أن هذا معناها لغة وشرعا اهـ. وتعريفات القسمة في بقية المذاهب لا تخرج عن هذا المعنى والله أعلم.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٧/٧، شرح ميارة على تحفة الحكام ٥٨/٢، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٣٦٦/٢- ٣٦٧، شرح المنهج للمنجور ص ٤٠١، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٣٠/٦، ٣٣٤، كشاف القناع للبهوتي ٣٧١/٦، ٣٧٥- ٣٧٦، قواعد ابن رجب ص ٤١٢، البحر الزخار لابن المرتضى ١٠٤/٥، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤٨٠/١٠- ٤٨١.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم ٤٢٦/٦، الروضة البهية للعاملي ١١٣/٣- ١١٤.

«القسمة بيع»[(١)]، لكن على التحقيق ليس هذا على إطلاقه عند جمهور الفقهاء - من الأئمة الأربعة، والزيدية، والإباضية - بل هو مخصص ببعض أنواع القسمة، وبيان ذلك كالتالي:

١- قسمة المراضاة، عند المالكية والإباضية: وهي أخذ كل واحد من الشريكين بعض ما بينهما بتراضٍ ملكًا، ويجري فيها القولان، والأظهر أنها بيع من البيوع[(٢)].

٢- قسمة المهايأة، عند المالكية والإباضية: وهي اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمنًا معينًا[(٣)]، سواء كان المشترك فيه متحدًا أو متعددًا، ولا اختلاف في أنها بيع من البيوع.

٣- قسمة التعديل، عند الشافعية: وهي بأن تُقَوَّم السهام بالقيمة- أي: تجعل لها قيمة معلومة - كأرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنباتها للزرع، أو قرب الماء من بعض أجزائها، وهذه القسمة بيع على المذهب[(٤)].

٤- قسمة الرد، عند الشافعية، ويعبر عنها الحنابلة بقسمة التراضي: وهي بأن يحتاج في القسمة إلى رد أحد المتقاسمين مالا من خارج المال المقسوم، كأن يكون في أحد الجانبين من أرض مشتركة شجر لا

---

(١) انظر: على سبيل المثال: الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٥١.

(٢) القسمة عند المالكية والإباضية باعتبار الحاجة إلى التقويم وعدمه ثلاثة أنواع: قسمة قرعة، وقسمة مراضاة، وقسمة مهايأة. انظر: المنتقى للباجي ٦/ ٥١، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠/ ٤٧٩.

(٣) ويطلق عليها المهايأة الزمانية، وهي ما تطور في الاستعمال المعاصر إلى TIME-SHARE، ويستخدم في الأماكن السياحية مع بعض التعديلات لمصلحة جهة إدارة المشروع، والتي جعلت منه عقدًا جديدًا.

(٤) القسمة عند الشافعية باعتبار الحاجة إلى التقويم وعدمه ثلاثة أنواع: قسمة أجزاء، وقسمة تعديل، وقسمة رد. انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/ ٣٣١، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠/ ٢٠٢.

يمكن قسمته، فيرد من يأخذه قسط قيمته، وهذه القسمة بيع على المذهب[١].

٥- قسمة القيمي، عند الحنفية والزيدية[٢]، ويعبرون عنه أيضًا بغير المثلي: وهو ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة، كالمثلي[٣] المخلوط بغيره، كالقمح المخلوط بشعير أو ذرة، وكالخيل والحمير والغنم والبقر، وما أشبه ذلك من الأشياء التي يوجد تفاوت بين أفرادها، بحيث تتفاوت في الأثمان تفاوتًا بعيدًا[٤]، فقسمة هذه الأشياء فيها معنى البيع ومعنى الإفراز، لكن البيع هو الغالب فيها.

ثانيًا : القسمة أو أحد أفرادها إفراز :

ذهب الظاهرية والإمامية إلى أن القسمة على إطلاقها إفراز حق وليست بيعًا[٥]، بينما يرى جمهور الفقهاء - من الأئمة الأربعة، والزيدية، والإباضية - أن القسمة في بعض أنواعها إفراز، وليست إفرازًا بإطلاق[٦]، وبيان مذهب الجمهور كالتالي:

---

(١) والمعنى فيها عند الحنابلة: أنها لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم، وهي قسمة الأشياء التي فيها ضرر ورد عوض من أحدهما على الآخر، كالبيوت الصغيرة، وهذه القسمة بيع. انظر: أسنى المطالب ٣٣١/٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٥٤٦/٣.
مع العلم بأن القسمة عند الحنابلة باعتبار إرادة المتقاسمين نوعان: قسمة تراض، وقسمة إجبار.

(٢) القسمة عند الحنفية وقريب منهم الزيدية باعتبار العين المنقسمة نوعان: قسمة المثلي، وقسمة غير المثلي انظر: المبسوط للسرخسي ٢/١٥، البحر الزخار ١٠٤/٥.

(٣) انظر: تعريفه في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٢١/١.

(٤) انظر: تعريف (غير المثلي) في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١٢١/١.

(٥) انظر: المحلى ٤٢٦/٦، الروضة البهية ١١٣/٣- ١١٤.

(٦) وردت بعض الصيغ عند الجمهور مطلقة هكذا «القسمة إفراز»، وليست هي على التحقيق على إطلاقها، وإنما مذهب الجمهور هو ما أثبتناه والله أعلم.

١- قسمة القرعة، عند المالكية والإباضية: وهي فعل ما يعين حظ كل شريك فيما بين الشركاء مما يمتنع علمه حين فعله – بمعنى: أنه لا يمكن معرفة نصيب كل شريك قبل إجراء القرعة – وهذه القسمة يجري فيها القولان، والأظهر أنها تمييز حق[١].

٢- قسمة المثلي، عند الحنفية والشافعية والزيدية[٢]: والمثلي هو ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به، كالمكيل والموزون والعدديات المتقاربة، مثل الجوز والبيض، وقسمة هذه الأشياء فيها معنى الإفراز ومعنى البيع، لكن الإفراز هو الغالب فيها.

٣- قسمة الإجبار، عند الحنابلة: وهي ما لا ضرر فيها على واحد من الشركاء، ولا رد عوض، كأرض واسعة، وهذه القسمة إفراز حق[٣].

أدلة الضابط :

أولاً : استدل من ذهب إلى أن القسمة أو أحد أفرادها بيع بما يلي :

١- أن القسمة فيها معنى المبادلة ومقابلة المال بالمال؛ فصارت كالبيع[٤].

٢- أن ما من جزء من المال إلا وكان مشتركًا بينهما، فإذا اقتسما ذلك الجزء فكأنه باع كل منهما ما كان له في حصة صاحبه بما له في حصته[٥].

---

(١) انظر: المنتقى للباجي ٦/٤٩، شرح النيل ١٠/٤٧٩.

(٢) ويعبر عنها الشافعية بقسمة الأجزاء: وهي التي لا يحتاج فيها إلى تقويم، ولا إلى رد شيء من بعض الشركاء إلى بعض، كمثلي من حبوب وأموال ونحوهما، وهذه القسمة إفراز في الأظهر انظر: المبسوط للسرخسي ١٥/٢، تحفة المحتاج ١٠/٢٠٢، البحر الزخار ٥/١٠٤.

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي ١١/٣٤٥.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٥٤٣، نهاية المحتاج ٨/٢٨٩.

(٥) انظر: نهاية المحتاج ٨/٢٨٩.

ثانيًا : استدل من ذهب إلى أن القسمة أو أحد أفرادها فرز بما يلي :

١- أن القسمة تكون في كثير من الأحوال على غير اختيار المتقاسمين، يعنى: والبيع ليس كذلك؛ لأنه لا يكون إلا عن تراضٍ[(١)].

٢- أن القسمة في القرعة مبناها على المخاطرة التي تنافي الشرع؛ إذ لو كانت بيعًا لما جاز فيها الاعتماد على القرعة[(٢)].

تطبيقات الضابط :

١- لو وهب الأب لابنه جزءاً من مشاع، فاقتسمه الابن وشركاؤه، فإن رجع الوالد في هبته جاز إن كانت القسمة إفرازًا، فإن قلنا: القسمة بيع، لم يرجع إلا فيما لم يخرج عن ملكه[(٣)].

٢- لا يصح بيع المالك شجر المساقاة قبل خروج الثمرة، ويصح بعدها، وليس له بيع حصته من الثمرة وحدها بشرط القطع لشُيُوعِه؛ هذا إن قلنا بأن قسمة ذلك بيع، فإن قلنا: إفراز، وهو الأصح، صح[(٤)].

٣- قسمة الشيء المرهون كله أو نصفه مشاعًا، إن قلنا: هذه القسمة إفراز؛ صحت، وإن قلنا: هذه القسمة بيع؛ لم تصح[(٥)].

٤- ثبوت الخيار في القسمة، فإن قلنا: القسمة إفراز؛ لم يثبت فيها خيار، وإن قلنا: القسمة بيع؛ ثبت فيها الخيار[(٦)].

---

(١) انظر: معين الحكام لابن عبد الرفيع ٢/٥٩٨، نهاية المحتاج للرملي ٨/٢٨٩.
(٢) انظر: معين الحكام لابن عبد الرفيع ٢/٥٩٨، ونهاية المحتاج للرملي ٨/٢٨٩.
(٣) انظر: نهاية المحتاج ٥/٤١٨.
(٤) انظر: نهاية المحتاج ٥/٢٦٠.
(٥) انظر: قواعد ابن رجب ص ٤١٣.
(٦) انظر: قواعد ابن رجب ص ٤١٣.

٥- ثبوت الشفعة في القسمة، فإن قلنا: القسمة إفراز لم تثبت فيها الشفعة، وإن قلنا: القسمة بيع؛ ثبتت فيها الشفعة[١].

٦- لا يحكم القاضي بقسمة التركة على الورثة حتى يثبت ملك المورث وحيازته لها؛ لأن القسمة بيع، والقاضي لا يجوز له البيع ولا الإذن فيه حتى يثبت عنده أن الملك لهم[٢].

٧- لا تجوز قسمة القرعة بين الوصي ومحجوره بناء على أنها بيع؛ لأن بيع الوصي مال محجوره من نفسه لا يجوز[٣].

٨- لو اقتسم شريكان على أن لأحدهما الصَّامِت[٤]، وللآخر العروض، وقماشات الحَانُوت[٥]، والديون التي على الناس- أي: أن لأحدهما النقود، وللآخر البضاعة التي في المحل - على أنه إن هلك شيء من الديون ولم يستطع تحصيله يرد آخذ الصَّامِت على شريكه نصفه، كانت هذه القسمة فاسدة؛ لأن القسمة في معنى البيع، والبيع على هذا الوجه فاسد[٦].

٩- لو تراضى الشركاء ذوو الأهلية الكاملة في حالة تساوي الأجزاء على التفاوت في أنصبائهم، فهو جائز برضا جميعهم، وإن كانت القسمة جُزَافا، ولو في الربوي؛ بناء على أن هذه القسمة إفراز لا بيع، والربا إنما يتصور جريانه في العقد دون غيره[٧].

---

(١) انظر: قواعد ابن رجب ص ٤١٤.

(٢) انظر: البهجة للتسولي ٢/ ٢٧٠.

(٣) انظر: البهجة للتسولي ٢/ ١٣٥.

(٤) (الصامت من المال): هو الذهب والفضة المصباح المنير للفيومي مادة (صمت).

(٥) وهو محل معد لبيع الأشياء، ويسمى في عرف أهل مصر: (دُكَّانًا). انظر: منح الجليل لعليش٩/ ٣١٢.

(٦) انظر: فتاوى قاضيخان ٣/ ١٥٨.

(٧) انظر: نهاية المحتاج ٨/ ٢٨٧- ٢٨٨.

١٠- يقسم كل ما لا يحل بيعه كالكلاب، والقطط، والثمر قبل أن يبدو صلاحه، كل ذلك بالمساواة والمماثلة؛ لأن القسمة تمييز حق كل واحد وتخليصه، وليست بيعًا[(١)].

علاء إبراهيم عبدالرحيم

* * *

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٨/١٣٢- ١٣٣.



فهرس المجلد الحادي والعشرون

